



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXV - N° 277

Bogotá, D. C., martes, 17 de mayo de 2016

EDICIÓN DE 26 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

CÁMARA DE REPRESENTANTES

INFORMES DE CONCILIACIÓN

INFORME DE CONCILIACIÓN AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 130 DE 2014 CÁMARA, 34 DE 2015 SENADO

por medio de la cual la nación se asocia a la conmemoración del Bicentenario del Sitio de Cartagena de Indias "Ciudad Heroica" y exalta la memoria de los cartageneros que resistieron 105 días.

TEXTO CONCILIADO

PROYECTO DE LEY NÚMERO 130 DE 2014 CÁMARA, 34 DE 2015 SENADO

por medio de la cual la nación se asocia a la conmemoración del Bicentenario del Sitio de Cartagena de Indias "Ciudad Heroica" y exalta la memoria de los cartageneros que resistieron 105 días.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. La nación se asocia a la conmemoración del bicentenario del suceso militar e histórico denominado Sitio de Cartagena de Indias, ocurrido entre agosto y diciembre de 1815, y se declara el día 6 de diciembre como Día Cívico Nacional.

Artículo 2°. La nación hace un reconocimiento a Cartagena de Indias como Ciudad Heroica, a las virtudes de sus habitantes y exalta a este Distrito Turístico y Cultural por su invaluable aporte histórico y cultural al país.

Artículo 3°. El Gobierno nacional podrá financiar y desarrollar suficiente material audiovisual donde se registren los acontecimientos ocurridos durante la batalla librada en la Ciudad Heroica, con ocasión del sitio que sufrió por 105 días. El Gobierno nacional identificará la fuente de recursos para la realización de este material.

Artículo 4°. El Gobierno nacional, con ocasión de la presente ley, gestionará recursos del Presupuesto Gene-

ral de la Nación para financiar proyectos en la Ciudad de Cartagena de Indias de carácter social, cultural y de infraestructura, tales como:

- Estrategias y medidas para la competitividad de Cartagena de Indias.
- Protección costera.
- Plan Maestro de Drenajes Pluviales y Control de Mareas.
- Sistema de Caños y Lagos y Terminal Turístico de Cruceiros.
- Boulevard Turístico de Bocagrande Avenida Bicentenario.
- Avenida 5ª de Manga.
- Transporte Acuático.
- Culminación Vía Perimetral.
- Acueducto Tierra Bomba.
- Recuperación Ciénaga de La Virgen.
- Ampliación Corredor Industrial de Mamonal.
- Túnel o Puente de conexión Bocagrande-Manga.

Los cuales se encuentran priorizados del Plan de Desarrollo del Distrito, tienen concordancia con los propósitos del Plan Nacional de Desarrollo vigente y permiten cumplir con el objetivo de esta ley.

Artículo 5°. La presente ley rige a partir de su promulgación.

Los Conciliadores:


DANIEL ALBERTO CABRALES CASTILLO
Senador


PEDRITO PEREIRA CABALLERO
Representante

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE NEGATIVO EN SEGUNDA VUELTA DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 157 DE 2015 CÁMARA, 04 DE 2015 SENADO

por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

Bogotá, D. C., 17 de mayo de 2016

Señor

MIGUEL ÁNGEL PINTO HERNÁNDEZ

Presidente Comisión Primera

Cámara de Representantes

Ciudad

Referencia: Informe de ponencia para primer debate en segunda vuelta del Proyecto de Acto Legislativo número 157 de 2015 Cámara, 04 de 2015 Senado, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

En cumplimiento del honroso encargo por usted encomendado, atentamente me permito rendir informe de ponencia de archivo, para el primer debate en segunda vuelta, en la Comisión Primera de la Honorable Cámara de Representantes al Proyecto de Acto Legislativo número 157 de 2015 Cámara, 04 de 2015 Senado, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

Cordialmente,



ÁLVARO HERNÁN PRADA ARTUNDUAGA
Representante a la Cámara
Departamento del Huila

INFORME DE PONENCIA NEGATIVA PARA PRIMER DEBATE EN SEGUNDA VUELTA DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 157 DE 2015 CÁMARA, 04 DE 2015 SENADO

por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la

terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

Trámite Legislativo

Origen: Gubernamental y Congressional.

Autores: Ministro del Interior Juan Fernando Cristo Bustos.

Senadores: Roy Barreras Montealegre, Óscar Mauricio Lizcano Arango, Jimmy Chamorro Cruz, Manuel Enriquez Rosero, Doris Clemencia Vega Quiroz, Luis Fernando Velasco Chaves, Bernardo Miguel Elías Vidal, Roosevelt Rodríguez Rengifo, Efraín Cepeda Sarabia, Armando Benedetti Villaneda, Musa Besaile Fayad, Miguel Amin Escaf, Sandra Elena Villadiego, Hernán Andrade Serrano, Antonio José Correa, Andrés García Zuccardi; **Representantes:** Ángela María Robledo, Miguel Ángel Pinto, Telésforo Pedraza, Alfredo Deluque, Hernán Penagos, Béner Zambrano, Rafael Paláu, Sandra Ortiz, Jaime Buenahora Febres.

Proyecto publicado: Gaceta del Congreso número 706 de 2015.

Ponencia para primer debate en Comisión Primera de Senado: Gaceta del Congreso número 776 de 2015.

Ponencia para segundo debate en Plenaria de Senado: Gaceta del Congreso número 821 de 2015.

Ponencia mayoritaria para primer debate en Comisión Primera de Cámara: Gaceta del Congreso número 943 de 2015.

Ponencia de archivo para primer debate en Comisión Primera de Cámara: Gaceta del Congreso número 949 de 2015.

Ponencia mayoritaria para segundo debate Plenaria Cámara: Gaceta del Congreso número 1010 de 2015.

Ponencia negativa para segundo debate Plenaria Cámara: Gaceta del Congreso número 1023 de 2015.

Ponencia para primer debate en segunda vuelta Comisión Primera Senado: Gaceta del Congreso número 113 de 2016.

Ponencia para segundo debate en segunda vuelta Plenaria Senado: Gaceta del Congreso número 158 de 2016.

Estado actual: Tránsito a Primer debate Segunda Vuelta en Cámara.

Consideraciones al Proyecto de Acto Legislativo

I. Proceso de paz

El proceso de paz, del Gobierno de Juan Manuel Santos, inició el día 17 de octubre de 2012, mediante una reunión en Noruega, a partir de esta fecha se han reunido en varias ocasiones, ahora es en La Habana, Cuba, donde se lleva a cabo diálogos entre el Gobierno y las Farc en la mesa de negociaciones, se ha tratado temas desde el desarrollo agrario, acceso a la tierra, de Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, temas de víctimas y fin del conflicto, pero además paralelo a esto también las

Farc, anunciaban un cese unilateral que no cumplían, también se presentaban atentados terroristas tanto a la infraestructura como al medio ambiente y además que el Gobierno había fijado como fecha para firmar la paz el día 23 de marzo del presente año, el cual no se cumplió. Cabe preguntarse por qué no se cumplió en esta fecha anunciada, será que el presidente reconoció un mal acuerdo, o fue por que las Farc no quisieron firmar en cuanto hay algunos temas en los cuales ellos están interesados cambiar.

En estos acuerdos se había manifestado que se negociaba un cese unilateral; sin embargo, eso no ha venido sucediendo, es así como el Ministro de Defensa, Luis Carlos Villegas, manifestó que las Farc quebrantaron el cese al fuego unilateral, que habían acordado y esto fue en más de una ocasión pues han asesinado soldados de la patria, además también siguen las extorsiones, no se ve el compromiso de este grupo. Las Farc en la mesa de negociaciones solo hacen acuerdos de palabras y papel por que incumplen en todo, se siguen burlando de los colombianos, que con la excusa de firmar la paz, continúa realizando hechos delictivos y terroristas.

Y si estudiamos el punto dos de las negociaciones, donde se pensaba que al eliminar el artículo 4° del presente acto legislativo, el cual transcribía “Artículo 4°. *Artículo Transitorio 68.* Los miembros de las organizaciones guerrilleras que en el marco de acuerdos de paz firmados con el Gobierno nacional hayan sido sujetos de la justicia transicional, se desarmen de manera verificable y se incorporen a la vida civil, podrán participar en política. Los acuerdos de paz que se firmen podrán establecer excepciones.

La vigencia de este artículo transitorio será de tres años contados a partir de la fecha de su aprobación”. El cual está eliminado, pero fue el mismo Gobierno a través del alto comisionado para la paz, Sergio Jaramillo, después de una participación en el foro ‘En la ruta de la paz: Encuentros de Diálogo Político’, donde estaban todos los partidos, se reunieron con el Gobierno y con los negociadores y la propuesta es una comisión técnica que discuta los temas referentes a la reformas necesarias para la participación política de todos los sectores luego del acuerdo final.

De esta manera abriendo de nuevo el debate sobre la participación política de las Farc, proponiendo la conformación de reuniones técnicas, con los partidos políticos, para buscar cómo lograr la aceptación del punto dos de las negociaciones, en palabras el Comisionado dijo “La guerrilla requiere garantías de seguridad, para el desarme, lo cual es un proceso muy complejo que contará con la participación de la comunidad internacional. Desde los partidos se debe pensar en generar espacios para la transición hacia la participación y que se cumplan dichos principios”. “Ahora frente a la participación política, mecanismos como quitar el umbral de votos para que un partido tenga su personería jurídica, son medidas que podemos llamar de transición, las cuales ayudarán a que los posibles partidos políticos que salgan de la guerrilla tengan vigencia en la política colombiana”. Esto es inaudito seguir buscando a toda costa que las Farc, tengan participación política, viola desde todo punto de vista la constitucionalidad de las normas y leyes del país.

II. Discordancia del Proyecto de Acto legislativo número 157 de 2015 Cámara, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para los desarrollos

normativos necesarios para facilitar y asegurar la implementación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

Supremacía de la Constitución Política

Como lo he manifestado anteriormente este proyecto es totalmente inconstitucional y nulo en cuanto en el nombre de la paz, se quiere pasar por encima de nuestra Constitución Política, Dentro del preámbulo de la Constitución, encontramos que la paz es uno de los fines esenciales del Estado y al igual lo indica el artículo 22, que consagra la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

Tanto la jurisprudencia, como la doctrina colombiana, han coincidido en que los valores constitucionales se encuentran explícitos en el preámbulo de la Constitución y como tal, deben ser reconocidos como verdaderas normas jurídicas que trazan las grandes directrices que inspiran a toda la Norma Fundamental.

Es cierto que la paz está incorporada en el preámbulo de la Constitución Política y es concebida como un derecho y un deber, pero no en nombre de ella se puede pasar por encima de la Constitución sustituyéndola, porque de ser así, estaríamos vulnerando no solo la esencia misma de la Constitución, sino el marco jurídico democrático y participativo que tiene como fin garantizar un orden político, económico y social justo, tal como lo contempla el preámbulo de nuestra Constitución.

Tal como está concebido este Proyecto de Acto Legislativo, se sustituye la Carta Constitucional pues hay una diferencia muy clara entre reformar y sustituir la Constitución.

La facultad de reformar la constitución, es otorgada por la Carta Nacional en el marco de los parámetros que ella misma establece. Es así como desde 1991, existen 7 artículos dedicados a la reforma de la Constitución, los cuales contienen las reglas y procedimientos específicos que regulan los mecanismos para reformarla.

Artículo 374. *La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.*

Artículo 375. *Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.*

El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara.

En este segundo período solo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.

Artículo 376. *Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la*

competencia, el período y la composición que la misma ley determine.

Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral.

La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento.

Artículo 377. *Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular; o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.*

Artículo 378. *Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.*

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de estos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

Artículo 379. *Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocatoria de la Asamblea Constituyente, solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.*

La acción pública contra estos actos solo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2.

Artículo 380. *Queda derogada la Constitución hasta ahora vigente con todas sus reformas. Esta Constitución rige a partir del día de su promulgación.*

Tal como se puede evidenciar con la lectura del Título XIII referente a la “Reforma de la Constitución”, existen límites formales y procedimentales que la misma Carta contempla, con el fin de brindar seguridad jurídica y no permitir que por cualquier vía se modifique. Un ejemplo claro de ello, es el procedimiento que debe surtir un proyecto de acto legislativo, el cual necesariamente debe ser tramitado en dos períodos y contar con el voto favorable de la mayoría de los miembros de ambas cámaras, a su vez la Carta también establece quienes pueden presentar estos proyectos.

Conforme a lo anterior, una reforma constitucional, supone requisitos y límites que la misma Constitución se ha puesto, para hacer modificaciones a los artículos, siempre y cuando conserven la identidad de la Carta

y sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva, a pesar de las reformas que se le introduzcan.

Si bien la Constitución contempla la autorización de reformarla, no establece que esta pueda ser sustituida. En palabras de la Corte Constitucional en la Sentencia C-551 de 2003, estima que “*se confunden dos temas diferentes. Una cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado –lo cual está autorizado puesto en eso consiste el poder de reforma cuando la Constitución no incluyó cláusulas pétreas ni principios intangibles de manera expresa, como es el caso de la colombiana– y otra cosa es que so pretexto de reformar la Constitución en efecto esta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente –lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder*”.

Una reforma constitucional que produzca alteración a un elemento esencial e identificador de la Constitución y que como consecuencia sea reemplazado por otro, es considerada sustitución de la Constitución.¹

Según el desarrollo del marco jurisprudencial de la sustitución de la Constitución, plantea que hay sustitución si se presenta alguno de estos aspectos los cuales serán estudiados uno a uno en la discusión de cada artículo del proyecto:

1. Se invade el ámbito de libertades y competencias básicas de los ciudadanos.
2. Se afecta el funcionamiento de las ramas u órganos del poder público otorgándole a una rama u órgano tanto poder que desequilibre la estructura fundamental del Estado.
3. Cuando con la reforma afecte la identidad axiológica de la Constitución.

En este proyecto de acto legislativo, es evidente cómo se vulneran los tres puntos anteriormente señalados.

Estudio jurisprudencial y legal del articulado

Artículo 1°. *La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así:*

“Artículo transitorio. Procedimiento legislativo especial para la paz. Con el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto, de manera excepcional y transitoria se pondrá en marcha el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, por un período de seis meses, contados a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo y luego de la refrendación del Acuerdo Final. Este procedimiento podrá ser prorrogado por un período adicional de hasta seis meses mediante comunicación formal del Gobierno nacional ante el Congreso de la República”.

El Procedimiento Legislativo Especial para la Paz se regirá por las siguientes reglas:

a) Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el procedimiento Legislativo Especial para la Paz serán de iniciativa exclusiva del Gobierno nacional, y su contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo

¹ Sentencia, Corte Constitucional, C-970 de 2004.

del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y duradera.

Este literal es totalmente anticonstitucional, pues como bien lo manifiesta, serán exclusivos del Gobierno nacional, pues bien en Colombia hay un procedimiento en la ley el cual es:

1. Iniciativa legislativa: Según las normas de procedimiento legislativo en Colombia, son varios sujetos quienes tienen la posibilidad de presentar proyectos de ley o de acto legislativo: el Gobierno nacional a través de los Ministros, los congresistas, órganos constitucionales, el pueblo a través de la iniciativa popular, 30% de los concejales y 30% de los diputados. Sin embargo, esta iniciativa está restringida por la misma Constitución en el artículo 154, fijando así una posición predominante del Gobierno sobre los demás sujetos con iniciativa legislativa.

2. Presentación de los proyectos de ley: Los proyectos de ley deben ser presentados ante las secretarías generales de una y otra cámara o públicamente en las Plenarias respectivas, con la única excepción de que los proyectos tributarios deben ser presentados en la Cámara de Representantes y los proyectos de ratificación de convenios y tratados internacionales deben ser presentados en el Senado de la República. Estos proyectos no deben estar soportados al momento de su presentación por ningún estudio técnico y jurídico que sustente la viabilidad de la iniciativa, la ley no lo reglamenta y tampoco existe un órgano dentro del Congreso que asesore la elaboración de proyectos. Después de radicado el proyecto, es repartido a la Comisión Constitucional Permanente a la que le corresponda su trámite en virtud de la especialidad del tema. La competencia de una u otra cámara para resolver el tema estará determinada por el presidente de la Cámara en la que se presentó la iniciativa.

3. Publicidad: Ningún proyecto será ley sin haber sido publicado oficialmente por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva. Así mismo se establece la publicidad de cada una de las ponencias, y de los informes de la comisión de conciliación antes de su debate en las cámaras.

4. Debates y deliberaciones: Todos los congresistas pueden presentar enmiendas a los proyectos que estén en curso, planteándola ante la comisión constitucional respectiva y presentándola por escrito hasta el cierre de la discusión del proyecto. Bajo este proceso las enmiendas buscan modificar la totalidad de un proyecto o su articulado. (Subrayado fuera de texto).

Durante las Sesiones Plenarias y en las Comisiones, pueden participar además de los congresistas, los ministros y funcionarios que sean invitados para intervenir en temas relacionados con el desempeño de sus funciones y las iniciativas por estos presentadas. Los ciudadanos también podrán ser oídos en las Cámaras a través de un vocero en las etapas de trámite cuando hagan uso de los mecanismos de iniciativa popular.

Entre el primer y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a 8 días calendario, y entre la aprobación de un proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos, 15 días, salvo que el proyecto haya sido debatido en sesión conjunta de las comisiones constitucio-

nales, en cuyo caso podrá presentarse la simultaneidad del segundo debate en cada una de las cámaras.

Existen las comisiones conciliadoras conformadas por un número igual de Senadores y Representantes quienes reunidos conjuntamente procurarán conciliar textos, y en caso de no ser posible, se definirá por mayoría.

5. Mayorías y votaciones: Las mayorías están relacionadas con las decisiones que se adoptan a través de los diferentes modos de votación. Tenemos la mayoría simple, absoluta, calificada y especial. La distinción radica en la materia que se esté discutiendo y votando.

6. Objeciones, vetos presidenciales y gubernamentales: Todo proyecto de ley luego de ser aprobado por ambas cámaras debe ser sancionado por el Presidente de la República, y si no se objetare, dispondrá que se promulgue como ley. En caso de que se presenten objeciones presidenciales se dispondrá de un plazo perentorio dependiendo del número de artículos del proyecto. Si cumplido este plazo, el ejecutivo no hubiere devuelto el proyecto con objeciones, será obligatoria su sanción y promulgación.

Cuando surjan objeciones por inconveniencia o inconstitucionalidad, al proyecto de ley, este será devuelto a la cámara de origen para que allí se nombre una comisión accidental que deberá rendir informe sobre dichas objeciones a la plenaria, aprobado dicho informe, se remitirá el expediente a la otra Cámara para que se repita el mismo proceso.

Si las objeciones son por inconveniencia, las Cámaras podrán insistir en la sanción de un proyecto con la aprobación de la mayoría absoluta obligando al Presidente a sancionar el proyecto sin poder presentar ningún tipo de objeción. Si las objeciones son por inconstitucionalidad del proyecto de ley o de uno de los artículos, el informe de ambas Cámaras debe rechazar las mismas, así el expediente del proyecto de ley será remitido a la Corte Constitucional, para que esta resuelva en última instancia sobre la constitucionalidad o no de las objeciones.

Este numeral transgrede por completo los principios establecidos en este artículo, en cuanto no se están promoviendo los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, pues según se establece en el artículo 375 de nuestra Carta. *“Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente. El trámite del proyecto tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo periodo la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo periodo solo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero”*.

Tal como se encuentra el proyecto de acto legislativo, vulnera por completo el artículo anterior, en cuanto no se da la participación en decisiones de gran importancia como lo es el caso, ni asegura un orden justo, en cuanto se pretende que de manera exclusiva solo el Gobierno presente proyectos de ley y proyectos de acto legislativo, entonces dónde queda la igualdad, y la parti-

cipación que tienen Constitucionalmente los miembros del Congreso, Diputados, Concejales y ciudadanos.

Igualmente el artículo 3° de la Constitución Política “*La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece*”. Si el principio de la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, porque se quiere dejar que sea únicamente el Gobierno, quien tenga iniciativa en los proyectos, cuando fue el pueblo quien depositó el voto de confianza en los congresistas para su representación, por tal motivo no se debe prescindir solo de la Rama Ejecutiva.

Se crearon y adicionaron literales tales como lo son:

b) Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el procedimiento legislativo Especial para la Paz tendrán trámite preferencial. En consecuencia, tendrán absoluta prelación en el orden del día sobre cualquier otro asunto, hasta tanto la respectiva Cámara o Comisión decida sobre él;

c) El título de las leyes y los actos legislativos a los que se refiere este artículo, deberá corresponder precisamente a su contenido y a su texto procederá esta fórmula: *¿El Congreso de Colombia, en virtud del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, DECRETA?*

d) El primer debate de los proyectos de ley se surtirá en sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales Permanentes respectivas, sin que medie para ello solicitud del Gobierno nacional. El segundo debate en las Plenarias de cada una de las Cámaras;

e) Los proyectos de ley serán aprobados con las mayorías previstas en la Constitución y la ley, según su naturaleza;

e) Los actos legislativos serán tramitados en una sola vuelta de cuatro debates. El tránsito del proyecto entre una y otra Cámara será de 8 días.

El procedimiento para la creación de un acto legislativo es especial, el artículo 317 de la Constitución Política estipula “*Artículo 375. Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente. El trámite del proyecto tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo periodo la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo periodo solo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.*” (Subrayado fuera de texto).

“Existe un consenso jurisprudencial en el sentido que la exigencia del cumplimiento de los requisitos de procedimiento para el caso de los actos legislativos es mayor que cuando se trata de normas de índole legal. Ello debido a que la magnitud de las consecuencias, en términos de afectación de la arquitectura constitucional, que conlleva el ejercicio del poder de reforma por parte del Congreso, en tanto el constituyente derivado, implica la necesidad inexcusable del cumplimiento de los requisitos de trámite que, por su naturaleza, vinculan a las decisiones del legislativo con la deliberación

democrática”. (Corte Constitucional Sentencia C-740 de 2013).

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS FRENTE A REFORMAS CONSTITUCIONALES-Mayor importancia

“Este control del respeto de los procedimientos es aún más importante frente a las reformas constitucionales, puesto que estas tienen que ser tramitadas con el máximo acatamiento por las normas de procedimiento, al menos por las siguientes dos razones: de un lado, porque se trata nada más y nada menos que de modificar la norma fundamental que gobierna una sociedad; y, de otro, lado, porque precisamente porque se trata de la norma fundamental del ordenamiento, la Constitución está dotada de supremacía y de rigidez, por lo cual su reforma exige procedimientos especiales agravados, en especial en dos aspectos: mayorías más estrictas y procesos de aprobación más largos”.

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO-Especial rigurosidad en la comprobación acerca de la validez del procedimiento

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Parámetros normativos

“El parámetro normativo aplicable al control de los actos legislativos está formado por las normas de la Constitución y del Reglamento del Congreso cuyo (i) cumplimiento es presupuesto básico y necesario para la adecuada formación de la voluntad democrática de las cámaras, (ii) están estrechamente relacionadas con la materialización de principios y valores constitucionales, en especial del principio democrático, y (iii) tienen una entidad tal que, al desconocerse, ocasionan un vicio de procedimiento en la formación del acto legislativo, en la medida en que desconocen los requisitos establecidos por la propia Carta para la aprobación de dichas reformas, los cuales se encuentran sintetizados en el Título XIII”.

Los párrafos siguientes se refieren a la posición de la Corte frente a la importancia que en los sistemas democráticos se atribuye al control sobre las formalidades y procedimientos legislativos, aclarando por qué este no puede ser entendido como manifestación de un excesivo e indebido culto al formalismo.

“Al diferenciar tales situaciones, y al tiempo que reprueba decididamente esa última posibilidad, este tribunal ha explicado que el control de las formas de la actividad legislativa reviste la mayor importancia, en cuanto la ley, que de manera imperativa puede cambiar el curso de la vida de los ciudadanos, que son sus destinatarios, ha de ser fruto de la deliberación democrática, reposada y transparente, de los representantes de estos. Desde esta óptica, y sin por ello contradecir la autonomía que es propia del órgano legislativo ni desvirtuar el principio de instrumentalidad de las formas, conforme al cual toda exigencia procedimental debe estar al servicio de una específica finalidad, el control sobre los requisitos del procedimiento legislativo simplemente busca asegurar la prevalencia de ese espíritu deliberativo y pluralista, lo que se logra mediante la cumplida observancia de las reglas previamente acordadas para la adopción de decisiones públicas, pues contrario sensu, la laxitud en el cumplimiento de tales formalidades revelaría un sentimiento colectivo de

poca importancia frente al carácter auténticamente democrático que supuestamente tienen tales decisiones”.

En lo específicamente atinente al trámite de las reformas constitucionales, esa mayor exigencia formal es consecuencia de la inherente diferencia existente entre las leyes y la Constitución, a partir del rol correspondiente a cada una de tales normas jurídicas. Así, podría considerarse que las leyes, a través de las cuales se regulan muy diversos temas de incidencia para la ciudadanía, pueden ser producto de las preferencias de las mayorías parlamentarias existentes en un determinado momento, lo que resulta válido, y en esa medida, las leyes serían contingentes o pasajeras, en cuanto es evidente que ellas podrán ser reformuladas o derogadas en el futuro, cercano o lejano, en la medida en que cambien esas mayorías al renovarse la composición del órgano legislativo. *Sin embargo, la Constitución merece una consideración diferente, en cuanto ella contiene, precisamente, las reglas estables a partir de las cuales deben adoptarse las principales decisiones que interesan a la sociedad y a la comunidad política, y dirimirse los desacuerdos o controversias que pueden surgir al interior de ella. Por esta razón, la norma fundamental, y ciertamente sus eventuales reformas, no puede depender únicamente de un criterio mayoritario, que es algo esencialmente mutable y contingente, sino que ha de ser producto de un consenso mucho más comprensivo y meditado, el que ha de resultar del cumplimiento del exigente trámite de aprobación que ella misma establece para el efecto.*

En esta línea, es claro entonces que una reforma constitucional requiere, además de amplias mayorías en el órgano de representación popular, ser fruto de un proceso de aprobación especialmente reposado y cuidadoso, pues debido a su gran trascendencia, como último referente de todo el sistema normativo del Estado, el texto fundamental no debe ser alterado de manera apresurada o como resultado de pasajeras coyunturas políticas. En este sentido se pronunció la Corte en la Sentencia C-222 de 1997 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), una de las primeras decisiones en materia de control a las reformas constitucionales:

“La Carta Política no impide las modificaciones ni los ajustes a su preceptiva y, por el contrario, amplía las posibilidades de introducirlos, consignando expresamente, además de la del Congreso, dos vías que no se hallaban contempladas en el artículo 218 de la Constitución anterior.

Pero, con independencia del procedimiento que se utilice, lo cierto es que la Constitución, al establecer requisitos y trámites más complejos que los previstos para la modificación de las leyes, preserva una estabilidad constitucional mínima, que resulta incompatible con los cambios improvisados o meramente coyunturales que generan constante incertidumbre en la vigencia del ordenamiento básico del Estado”.

Según puede observarse en el derecho comparado, ese trámite cuidadoso y reposado de la reforma constitucional puede lograrse a través de distintos mecanismos, entre ellos la exigencia de mayorías calificadas, la participación concurrente de varios actores políticos, y/o la tramitación del proyecto a través de varias etapas sucesivas, que deben cumplirse durante un lapso relativamente prolongado. De esta manera, el interés y la voluntad de aprobar la reforma son puestos

a prueba a lo largo del proceso, incluso mediante la obligatoria interposición de ciertos momentos de enfriamiento, que ese interés debe superar, manteniendo suficiente vigencia en las fases subsiguientes. En esa medida, para lograr la aprobación de un proyecto de reforma constitucional, el consenso subyacente debe ser suficientemente amplio y las mayorías que lo impulsan deben ser capaces de perseverar a lo largo de todas esas etapas.

A partir de estas y otras reflexiones semejantes, la consolidada postura de esta Corte en torno a la trascendencia del control jurisdiccional respecto del trámite de los actos reformativos de la Constitución y el alto nivel de exigencia que debe caracterizarlo, fue sintetizada por la Sentencia C-816 de 2004, en los siguientes términos:

“Este control del respeto de los procedimientos es aún más importante frente a las reformas constitucionales, puesto que estas tienen que ser tramitadas con el máximo acatamiento por las normas de procedimiento, al menos por las siguientes dos razones: de un lado, porque se trata nada más y nada menos que de modificar la norma fundamental que gobierna una sociedad; y, de otro lado, porque precisamente porque se trata de la norma fundamental del ordenamiento, la Constitución está dotada de supremacía y de rigidez, por lo cual su reforma exige procedimientos especiales agravados, en especial en dos aspectos: mayorías más estrictas y procesos de aprobación más largos.

Estos requisitos más exigentes que se establecen para la reforma de la Constitución no son caprichos, o formalidades sin sustancia, sino que representan la garantía misma del régimen constitucional y de la supremacía de la Carta. En efecto, si la Constitución pudiera ser reformada por el mecanismo ordinario de aprobación de una ley, y con las mayorías propias de la ley, entonces en sentido estricto no existiría Constitución, ya que el Legislador no estaría sujeto a ningún mandato superior, puesto que podría modificar las normas constitucionales por la simple expedición de una ley. Una Constitución que no es rígida no es entonces una verdadera Constitución, razón por la cual algunos doctrinantes consideran, no sin razón, que las disposiciones que regulan la reforma de la Constitución son, al menos formalmente, la norma fundamental del ordenamiento jurídico. En efecto, si la Constitución de un país es la fuente de validez del resto del ordenamiento, y crea los órganos del Estado y prescribe la forma como se crea el derecho de inferior jerarquía, a su vez las reglas que establecen el procedimiento de reforma constitucional señalan cómo se cambian los contenidos constitucionales, con lo cual estatuyen el poder de reforma o poder constituyente derivado. Estas reglas son entonces la ‘constitución de la constitución’ o el núcleo de la constitución, y por ello la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución exige un control sobre la regularidad de los procedimientos de reforma constitucional.

Todo lo anterior muestra la importancia del control por parte del juez constitucional de la regularidad del procedimiento de aprobación de una reforma constitucional, pues si no se protege la forma de la reforma de la Constitución, ¿en qué queda la supremacía y la integridad de la Constitución y en qué queda la distinción entre poder constituyente y poder constituido? Por ello la garantía de los contenidos materiales de la

Constitución implica la protección de la regularidad formal de las reformas constitucionales, como lo ha hecho la Corte en el presente caso, y como lo hacen otros tribunales constitucionales en el mundo”.

Algunos años después la Corte reiteró esta postura, haciendo un planteamiento análogo en la Sentencia C-040 de 2010 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), cuando expresó:

“Existe un consenso jurisprudencial en el sentido que la exigencia del cumplimiento de los requisitos de procedimiento para el caso de los actos legislativos es mayor que cuando se trata de normas de índole legal. Ello debido a que la magnitud de las consecuencias, en términos de afectación de la arquitectura constitucional, que conlleva el ejercicio del poder de reforma por parte del Congreso, en tanto constituyente derivado, implica la necesidad inexcusable del cumplimiento de los requisitos de trámite que, por su naturaleza, vinculan a las decisiones del legislativo con la deliberación democrática”.

Las anteriores consideraciones refrendan entonces la necesidad de que el control jurisdiccional sobre la validez del trámite de la reforma constitucional sea especialmente cuidadoso y exigente. En ese sentido, es deber de esta corporación verificar celosamente la absoluta corrección de todas las incidencias ocurridas durante ese proceso, pues según lo dispuso el constituyente, es mediante el cumplimiento de tales diligencias que puede asegurarse la legitimidad del proceso de cambio constitucional. Por ello, es claro que si en el procedimiento seguido para el efecto se observan deficiencias o irregularidades que por su naturaleza impliquen vulneración de los principios democráticos, ellas pueden ciertamente causar el fracaso de esa iniciativa, mediante la declaratoria de inexecutable del acto de reforma.

Ahora bien, respecto de las normas cuya infracción puede ocasionar esta consecuencia, la Constitución indica que las ritualidades que deben observarse para el trámite de los actos de reforma son las establecidas en el Título XIII del mismo texto superior, cuyo artículo 379 señala que aquellos solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen esos mismos requisitos. En esta línea, el artículo 375 regula de manera específica el caso de las reformas que se tramitan mediante los llamados Actos Legislativos, para cuya aprobación estableció apenas tres reglas particulares, relativas a la existencia de iniciativa calificada para su proposición, a su tramitación en dos periodos ordinarios y consecutivos, y a la exigencia de mayorías calificadas en el segundo de ellos.

De acuerdo a lo anterior tenemos entonces que actualmente los Proyectos de Acto Legislativo se tramitan así:

– Iniciativa: El proyecto de acto legislativo puede ser presentado por mínimo diez (10) congresistas, el Gobierno nacional, el 20% de los concejales o diputados o la ciudadanía a través de iniciativa popular.

– Trámite: El trámite de un proyecto de acto legislativo requiere de una segunda vuelta. Esto significa que la iniciativa debe cursar por segunda vez el trámite en las Comisiones y Plenarias.

– Debates: El proyecto de acto legislativo deberá completar los ocho debates correspondientes en un lapso no superior a dos periodos legislativos consecutivos.

Dos vueltas, primer periodo cuatro (4) debates, segundo periodo (4) debates y conciliación si hubiere.

En la primera vuelta se requiere de la mayoría simple y la publicación en el *Diario Oficial* del texto de primera vuelta. En la segunda vuelta, el proyecto deberá ser aprobado por la mayoría absoluta (es decir, por la mayoría de los miembros de cada cámara, mitad más uno de los integrantes) y no por la mayoría simple, como ocurre en los proyectos de ley de demás decisiones que toma el Congreso.

No se pueden debatir temas nuevos. Una vez complete la primera vuelta debe ser el acto legislativo publicado por el Gobierno en el *Diario Oficial*.

f) Los proyectos de acto legislativo serán aprobados por mayoría absoluta;

g) Los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del Gobierno nacional.

Este literal es preocupante, crea un daño eminente para la democracia respeto a la Rama Legislativa, pues indica que el Congreso solo será un ente que actuará como “notario”, con lo cual su deliberación es una burla a la legislación colombiana, donde se imponen límites al legislativo, no solo la potestad que se le va a dar al Gobierno nacional, de tener la iniciativa exclusiva y excluyente de iniciativa legislativa, sino que también respecto a las modificaciones estas solo se podrán modificar previo aval del Gobierno.

Si es el pueblo en quien recae la soberanía, y ejerce directamente o través de sus representantes, porque que se les suprime la autonomía para hacer las respectivas modificaciones porque estas se harán solo con el aval del mismo gobierno, quiere decir que se está desconociendo por completo el principio fundamental consagrado en la Constitución Política, olvidando que la soberanía reside es en el pueblo y que se representara a través del congreso, cuando no sea directamente.

h) Todos los proyectos y de acto legislativo podrán tramitarse en sesiones extraordinarias;

i) En la Comisión y en las Plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto, con las modificaciones avaladas por el Gobierno nacional, en una sola votación.

Con relación a este literal del proyecto de acto legislativo, el cual hace referencia a una sola votación”, es preciso señalar que en temas tan delicados como este, es necesario un debate previo de artículo por artículo, en búsqueda de acuerdos democráticos entre las distintas expresiones políticas e ideológicas que tienen presencia en el Congreso.

En conclusión, los alcances de esta iniciativa son inválidos a la luz de los parámetros jurisprudenciales de validez y es una flagrante sustitución de la Constitución debido a que crea mecanismos y procedimientos que no se encuentran en ella y en nombre de la paz, se pasa por encima de un valor fundante de nuestra Carta Política, como lo es la democracia.

j) Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz tendrán control automático de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia. Las Leyes Estatuarias tendrán control previo, de

conformidad con lo previsto en el artículo 153 de la Constitución. El control de constitucionalidad de los actos legislativos se hará solo por vicios de procedimiento en su formación. Los términos de esta revisión para leyes y actos legislativos se reducirán a la tercera parte de los del procedimiento ordinario y no podrán ser prorrogados.

En lo no establecido en este procedimiento especial, se aplicará el reglamento del Congreso de la República.

Parágrafo. Este procedimiento solo podrá aplicarse una vez se haya firmado y refrendado popularmente el Acuerdo Final, a través del mecanismo que se defina para tal efecto.

Artículo 2°. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así:

“Artículo transitorio. Facultades presidenciales para la paz. Dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo y surtida la refrendación del Acuerdo Final, facultase al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Las anteriores facultades no podrán ser utilizadas para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificadas o absolutas y trámite para su aprobación, ni para decretar impuestos con excepción de las leyes, convocatorias de refrendación popular.

Los decretos con fuerza de ley que se dicten en desarrollo de este artículo tendrán control de constitucionalidad automático posterior a su entrada en vigencia. El procedimiento de revisión de constitucionalidad de estas disposiciones deberá surtirse por parte de la Corte Constitucional dentro de los dos meses siguientes a su expedición.

Parágrafo 1°. Estas facultades solo podrán aplicarse una vez se haya firmado y refrendado popularmente el Acuerdo Final, a través del mecanismo que se defina para tal efecto”.

Pues bien en este artículo que se desea implementar encontramos, una grave violación, pues se extralimita en facultades que se le da al presidente en el nombre de la paz.

Facultades Extraordinarias del Presidente de la República:

En el artículo 150 de la Constitución Política, está establecido que le corresponde al Congreso hacer las leyes y a través de ella ejerce las funciones como la del numeral 10. *“Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias. Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas*

en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”.

Al respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado en los siguientes términos: FACULTADES EXTRAORDINARIAS-La jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que esta forma de habilitación extraordinaria plantea ventajas pero a su vez implica riesgos. Así, de un lado, resulta útil para la regulación de temas particularmente complejos por su contenido técnico, acelera la expedición de normas con fuerza de ley cuando resulta necesario para conjurar crisis, o facilita ajustes atendiendo razones de conveniencia pública. Pero, de otro lado, su utilización excesiva debilita el principio democrático ante el empobrecimiento de la deliberación al interior del Congreso, relativiza el principio de separación de poderes y acentúa el carácter presidencialista del régimen político².

Esta sentencia es clara en señalar el riesgo que se corre, al otorgar facultades extraordinarias, pues se interrumpe la democracia y deja al Congreso con pocas herramientas para cumplir con su deliberación, así mismo esta sentencia menciona unos requisitos para que se le otorgue al Presidente de la República, facultades extraordinarias: (i) No pueden conferirse para expedir códigos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes marco, ni decretar impuestos, y en general para regular asuntos que tengan reserva exclusiva del Congreso; (ii) la aprobación de la ley habilitante requiere de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara; (iii) el Congreso no puede otorgarlas motu proprio, sino que deben ser expresamente solicitadas por el Gobierno, ya sea por el Presidente de la República o por uno de sus ministros; (iv) el término máximo por el cual pueden conferirse es de seis meses; (v) sólo pueden otorgarse cuando la necesidad lo exija o por razones de conveniencia pública; (vi) el Congreso conserva la potestad de modificar en cualquier tiempo y por iniciativa propia los decretos dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias; y finalmente, (vii) las facultades deben ser claras y precisas³.

El hecho de dotar de facultades especiales al Presidente de la República, es un golpe de Estado y el comienzo de un imperio, es un cataclismo para el Estado Social del Derecho, donde se otorgan leyes habilitantes, tal cual como ocurrió en Venezuela, siendo este el final de una democracia y orden justo, vamos por el mismo camino que el Presidente en el país vecino instituyó y que se conoce como la venezolanización.

Separación de poderes

Tomando los preceptos donde se empieza hablar de la tripartición encontramos a MONTESQUIEU: “el Estado de Derecho se basa en el principio de separación de poderes, para garantizar el imperio de la ley. La división entre las Ramas del Poder Público asegura el gobierno del derecho y no el de los hombres. El principio de la separación de poderes proviene del libro de Montesquieu “El espíritu de las leyes” (1748), la cual nace como consecuencia a la concentración de poder que tenía la monarquía en su momento.

De acuerdo con Montesquieu, para que no existan abusos de poder se deben respetar las libertades a través de las limitaciones impuestas al ejercicio del poder. Según el principio de equilibrio de poderes, los órga-

2 Sentencia C-366 de 2012.

3 Ibídem.

nos del Estado deben limitarse y frenarse entre sí para evitar una excesiva concentración de poder en un solo órgano, adicionalmente las funciones de cada una de las ramas deben estar consignadas en la ley y debe evitarse a toda costa la concentración de poder en una sola de estas⁷.

La estructura del Estado colombiano se basa en la concepción clásica de división tripartita de poderes propuesta por Montesquieu: 1. El Poder Legislativo: que es el encargado de hacer las leyes. 2. El Poder Ejecutivo: tiene como principal función hacer la paz o la guerra, enviar o recibir embajadas, establecer la seguridad pública y evitar las invasiones. 3. El Poder Judicial: su objetivo es castigar los delitos y juzgar las diferencias entre los particulares.

Estos poderes tienen facultades limitadas, pero en este Proyecto de Acto Legislativo, se amplían las funciones presidenciales de manera flagrante⁴.

Dentro de las Sentencias destacadas en este tema, tenemos la **C-312 de 1997** “*El principio de la separación de los poderes surge como resultado de la búsqueda de mecanismos institucionales enderezada a evitar la arbitrariedad de los gobernantes y a asegurar la libertad de los asociados. Por esta razón, se decide separar la función pública entre diferentes ramas, de manera que no descansen únicamente en las manos de una sola y que los diversos órganos de cada una de ellas se controlen recíprocamente*”.

Este proyecto de acto legislativo, crea una instancia nueva y unos procedimientos para aprobar leyes y reformas a la Constitución Política, que son a todas luces inconstitucionales. El Congreso pierde autonomía y entrega su capacidad legislativa al Ejecutivo. Como resultado de esto, dicho proyecto es un atentado contra la separación de poderes, que es fundamento de nuestro Estado Social de Derecho y pilar esencial de la Constitución Política de Colombia.

Se altera el equilibrio entre las ramas del poder público, en cuanto se ve severamente afectada la estructura del Estado, otorgando todos los poderes legislativos y constitucionales al Presidente de la República, convirtiendo al Congreso en un convidado de piedra y en un recinto notarial.

Se está ampliando las facultades al poder Ejecutivo y restringiendo las facultades del Poder Legislativo, haciendo de él, un mero “notario” de los requerimientos del Poder Ejecutivo.

Pero la ampliación de las facultades del ejecutivo va aún más allá, toda vez que de ser aprobado este proyecto, se le otorgará la facultad de expedir leyes mediante la figura de decretos-ley, poniendo en evidencia una vez más, esta manera antidemocrática de legislar, empoderando al Ejecutivo de potestades que en una democracia solamente tiene el órgano del poder público que el pueblo ha elegido. Pareciera que se quisiera aplicar en Colombia, lo que hoy padece nuestro vecino país, otorgándole por medio de leyes habilitantes, la facultad al Presidente de la República de expedir decretos con fuerza de ley con el pretexto de luchar contra el imperio Norteamericano.

El otorgamiento de facultades especiales para el Presidente de la República en este escenario, es el ini-

cio de una dictadura, que traerá como consecuencia la destrucción del Estado Social de Derecho con unas leyes habilitantes, con tendencia a la venezolanización y con el pretexto de la Paz.

Se abren las puertas a las Reformas Constitucionales Exprés. Este peligroso precedente lleva al país a una degradante incertidumbre institucional e inseguridad jurídica, toda vez que tal como está contemplado en el proyecto, faculta la aprobación expedita de leyes que favorezcan los intereses de las Farc. Este proceso reduce al Congreso al papel de Notario.

Artículo 3°. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así:

“Artículo transitorio. Plan de inversiones para la Paz. El Gobierno nacional durante los próximos veinte años incluirá en el Plan Plurianual de Inversiones del Plan Nacional de Desarrollo, un componente específico para la paz priorizando a los ciudadanos y a las entidades territoriales más afectadas por la pobreza rural, las economías ilegales, la debilidad institucional y el conflicto armado. Estos recursos serán adicionales a las inversiones ya programadas por las entidades públicas del orden nacional y territorial y se orientarán a cerrar las brechas sociales, económicas e institucionales en dichas entidades territoriales. El gobierno podrá efectuar los ajustes institucionales y normativos necesarios para ejecutar el componente de paz del Plan Plurianual de Inversiones.

Las autoridades departamentales, municipales y distritales tendrán la facultad de hacer los ajustes necesarios a sus planes de desarrollo para adecuarlos al Plan de Inversiones para la Paz durante los seis meses siguientes a la adopción de este.

Al inicio de cada legislatura el Presidente de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo presentarán al Congreso un informe detallado sobre la ejecución de los recursos y cumplimiento de las metas del componente para la paz del Plan Plurianual de Inversiones”.

De acuerdo a nuestro artículo 153 constitucional “Habrà un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

Las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el Gobierno nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley. Los planes de las entidades territoriales estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo”.

El Plan Nacional de Desarrollo, corresponde al Plan de Gobierno del Presidente de la República y en él se dan a conocer los objetivos a largo plazo y las políticas

4 http://www.icpcolombia.org/archivos/reflexiones/equilibrio_de_poderes_y_reeleccion.pdf

que realizará el gobierno. Igualmente, los planes de desarrollo se llevan a cabo en los municipios y distritos y son elaborados por los alcaldes; por su parte, en los departamentos los planes de desarrollo son elaborados por los gobernadores.

Según la Ley 152 de 1994, “por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo” “los planes de desarrollo de los entes territoriales deben incluir un plan plurianual de inversiones, donde se establezcan los recursos disponibles para el periodo de gobierno, además de los programas y proyectos en los cuales se realizarán inversiones y la fuente de financiación de cada uno de ellos. Este plan debe estar diseñado de tal forma que se garantice que en el mediano y en el largo plazo se van a desarrollar las acciones necesarias que conduzcan a la solución de los problemas más importantes de los municipios o los departamentos y a elevar la calidad de vida de la población. El plan de desarrollo de las entidades territoriales debe tener una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo “en los términos y condiciones que de manera general reglamenten las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y municipales o las autoridades administrativas que hicieren las veces, siguiendo los criterios de formulación establecidos en el artículo 31 de la ley”.

De acuerdo con lo anterior, el plan de desarrollo debe presentar un diagnóstico que incorpore los enfoques poblacional, territorial, de género y de derechos; a partir del cual se establezca una visión de futuro (En el caso de que no la tenga. Si la entidad territorial ya tiene una visión, el mandatario deberá verificar que esté vigente, de ser necesario actualizarlas y definir las políticas necesarias para lograrla) que se constituya en el punto de partida para formular los objetivos estratégicos, específicos y programáticos, con sus respectivas metas de desarrollo, resultado y de producto, y para identificar los proyectos estratégicos. Deben definirse para ello, estrategias, acciones e instrumentos que permitan su cumplimiento durante el período de ejecución del plan⁵.

Adicionalmente y con el propósito de que el plan sea viable en términos de que esté respaldado con recursos legales, humanos, administrativos, tecnológicos y financieros; la Ley 152 de 1994 determina que parte de su contenido sea el plan de inversiones de mediano y largo plazo, el cual debe incluir proyecciones de los recursos financieros disponibles para su ejecución con fundamento en el Marco Fiscal de Mediano Plazo, la descripción de los principales programas, los presupuestos plurianuales y los mecanismos de ejecución”.

La Ley 152 de 1994 establece que el “plan de inversiones de mediano y largo plazo, debe contener las proyecciones de recursos financieros disponibles para su ejecución, la descripción de los principales programas y subprogramas, los presupuestos plurianuales y los mecanismos de ejecución”.

De acuerdo con la Constitución de la República Federal Alemana, la igualdad formal y material implica en primer lugar “la igualdad en la letra de la ley, así como la igualdad en la aplicación de la ley: Todas las personas son iguales ante ley”. En este mismo artículo de la Constitución Alemana, se regula la igualdad de trato y la igualdad material que corresponde al Estado

en la consecución real de la igualdad, es decir la remoción de las desventajas persistentes.

Bajo esta perspectiva iniciamos el estudio de este artículo que en su primer párrafo “justifica” la imposición del artículo “Plan de Inversiones para la Paz” bajo el supuesto que este plan es la garantía de no repetición y consecuencia de la obligación del Estado de proteger los derechos de los colombianos en condiciones de “igualdad formal y material”. Sin embargo el concepto universal de igualdad se desvirtúa en este escenario de plan de inversiones para la paz, teniendo en cuenta que es el mismo Gobierno quien ratifica su posición de ser el mismo, el que en aras de su supremo poder mantiene la potestad de poder seleccionar quienes podrán y quienes no podrán “acceder” o cumplir los requisitos para participar en los programas que deberán integrar el Plan Plurianual de Inversiones para la Paz (Como parte de dicho componente, el Gobierno nacional determinará los habitantes y territorios a priorizar).

Es decir que este plan para la paz desde antes de su creación está multiplicando las brechas sociales y económicas ya existentes en el país, pues al violentar el principio de igualdad de las personas ante la ley, promueve la división entre quienes sí y quienes no tienen derecho a participar en programas dirigidos a reconstruir tejido social, en una guerra que ha sido de todos, pero que solo unos pocos tendrían derecho a enfrentar y “sanar” con la ayuda del Estado, pues este programa no está dirigido a un pueblo que ha sufrido la guerra sino a unos pocos amigos del gobierno. Se viola el principio de igualdad formal y material ante la ley.

En ese mismo sentido, no pueden hablar de un plan para la paz que no especifique desde su inicio que segmentos sociales y poblacionales ira a beneficiar, así como tampoco se justifica sectorizar beneficios de la comunidad a unos pocos. En este mismo punto, resaltó el vacío informativo puesto que el Gobierno también se refiere a los “territorios a priorizar” y no al territorio nacional como un todo, como si la guerra, el dolor de patria y la humillación que hemos sufrido solo haya sido vivida en unos “territorios a priorizar”.

En segundo término, no es comprensible como el plan plurianual (20 años) para la paz no es presentado inicialmente sobre unas bases generales que darían luces sobre lo que el Gobierno nacional realmente intenta. Nosotros como Congresistas tenemos la función principal de hacer la ley, y en este caso, estas normas escapan de nuestro control y por lo tanto, no podemos promover su implementación, puesto que es el Gobierno quien tendrá la única y última palabra sobre lo que discuta este plan para la paz, que hoy solo tiene un nombre, pero metas, proyecciones y estudios que sustenten su creación y éxito en el tiempo, son temas que no se han contemplado entre quienes son los “amigos de la paz”. Este plan esta creado para ser manoseada, reformado y adulterado por el gobernante de turno.

Adicional a esto, el Gobierno tendrá la potestad absoluta de diseñar y ejecutar el programa a su beneficio, sin que el Congreso, quien tiene la función de hacer la ley, crear normas y desarrollar la función normativa, determinado así en la Constitución colombiana, pueda intervenir en su diseño, violentándose y vulnerándose una vez más los mandatos constitucionales y las normas que dan cohesión y forma a la normatividad colombiana. ¿En qué consisten los ajustes institucionales y normativos que el Gobierno se endilga como

5 Ley 152 de 1994.

función privativa del ejecutivo?, no es coherente que sea el ejecutivo quien ejerza la función de legislar puesto que esta constitucionalmente determinado que es el Congreso quien hace la ley. Esto a todas luces configura una inconstitucionalidad, puesto que uno de los principios del derecho constitucional en Colombia es la separación de poderes, por lo tanto cada uno de ellos (ejecutivo, legislativo y judicial) tienen funciones que han sido previamente detalladas y consignadas en la constitución con el fin principal que no se presenten extra limitaciones en el poder y como consecuencia se generen desequilibrios en el ordenamiento jurídico que puedan dar lugar a incertidumbre jurídica.

En tercer lugar, a que se refiere específicamente el componente para la paz, puesto que se asimila a un rubro del plan plurianual de inversiones, rubro que no tenemos certeza de cómo será dividido, como será priorizando ni ejecutado. Si estos recursos son adicionales a las inversiones ya programadas por las entidades públicas del orden nacional y territorial, ¿De dónde provienen los recursos para dar cumplimiento a este plan de inversiones?, puesto que las regalías y demás recursos están sujetos a la presentación y aprobación de programas focalizados en la comunidad, para cubrir programas como educación y salud. Es decir, ¿Se prioriza la cobertura a ciertos habitantes que tendrán calidades especiales para poder acceder a estos recursos, y los demás habitantes que no puedan acceder a estos programas verán reflejados los recortes presupuestales en sus condiciones de vida?, ¿no constituye una vulneración del principio de igualdad formal y material discriminar a unos y otros habitantes en el acceso a un programa para la paz, que se supone debe ser incluyente y participativo? En este escenario, no tardamos en ver el aumento en impuestos porque una vez aprueben este plan de inversiones inmediatamente se hablará de déficit presupuestal que deberá ser subsidiado por alguien, que en este caso serán los colombianos que no han tomado las armas, pero deberán asumir los costos de la guerra de las Farc, mientras ellos insisten en no resarcir víctimas ni entregar recursos para sus víctimas.

En la nueva adición presentada a este artículo se mencionan que las autoridades departamentales, municipales y distritales tendrán la facultad de hacer los ajustes necesarios a sus planes de desarrollo para adecuarlos al Plan de Inversiones para la Paz, lo que se infiere es que se está limitando a estas autoridades, perdiendo autonomía para realizar su plan de inversiones de acuerdo a las necesidades más relevantes que tengan en cada ciudad, distrito o departamento.

Es casi que una coacción a los mandatarios regionales, quienes ya elaboraron su plan de inversiones por los cuatro años de gobierno, los cuales se verán superados a cumplir, obedecer y cambiar estos planes de desarrollo únicamente para que se ajuste a lo que el gobierno quiere, lo que se busca es tratar de coadministrar alcaldías y gobernaciones, todo esto con la cínica búsqueda de la paz, a como dé lugar sin importar pasar por la debida regulación y parámetros establecidos por la norma y la ley.

Aunque la ponencia aprobada por Plenaria de Senado, venía con cuatro artículos, mediante ponencia mayoritaria presentada el día 16 de mayo de 2016, ante la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de

Representantes, se plantea la creación de un cuarto artículo.

Artículo 4º. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así:

“Artículo Transitorio. En desarrollo del derecho a la paz, el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera constituye un Acuerdo Especial en los términos del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949. Con el fin de ofrecer garantías de cumplimiento del Acuerdo Final, una vez este haya sido firmado y entrado en vigor, el anterior ingresará en estricto sentido al bloque de constitucionalidad para ser tenido en cuenta durante el periodo de implementación del mismo como parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez de las Normas y las Leyes de Implementación y desarrollo del Acuerdo Final.

En desarrollo del Derecho a la paz, el procedimiento legislativo especial para la aprobación del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, incluirá un “procedimiento de ley aprobatoria del Acuerdo Especial” con los siguientes criterios procedimentales especiales: envío al Congreso para su incorporación al derecho interno por medio de una ley; tramitación como ley ordinaria: radicación del proyecto ante la secretaria del Senado y publicación, debate en comisiones constitucionales conjuntas del Senado y Cámara, votación, debate en plenario del senado; y debate en plenario de la Cámara. El tránsito del proyecto entre comisión y plenaria será de 8 días, las votaciones serán únicamente de aprobación o improbación de todo el texto; control de constitucionalidad de la ley aprobatoria del Acuerdo Especial; sanción presidencial y publicación en diario oficial; el Gobierno se obligará a presentar esta ley aprobatoria inmediatamente sea firmado y aprobado el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, y entrado en vigor el presente Acto Legislativo.

El procedimiento legislativo de aprobación de leyes o actos legislativos para la implementación o desarrollo del Acuerdo Final, será el Procedimiento legislativo especial para la paz establecido en el artículo 1º de este Acto Legislativo, y estará en vigencia para la aprobación de normas de implementación y desarrollo del Acuerdo Final durante el tiempo establecido en el mismo artículo.

El control constitucional relacionado con la aprobación de la ley aprobatoria del Acuerdo Especial, será único y automático.

El control constitucional relacionado con la implementación del Acuerdo Final mediante leyes ordinarias o leyes estatutarias, será único y automático”.

Después de la declaración hecha el 12 de mayo de 2016 por Humberto de la Calle sobre el acuerdo para brindar seguridad y estabilidad jurídica al “Acuerdo Final La Habana”, y del comunicado conjunto número 69 del gobierno de Colombia y las Farc, surgen diversas y múltiples inquietudes sobre lo negociado hasta hoy, y sobre todo del criterio jurídico y político que está jugándose el Gobierno y los terroristas en su afán

de “brindar seguridad y estabilidad jurídica al Acuerdo Final”.

Se ha hablado constantemente de la introducción de este acuerdo, que hasta hoy sigue siendo secreto, al ordenamiento jurídico colombiano, con el propósito inmediato de dar garantías de cumplimiento de este Acuerdo. Pero desde esta perspectiva sería oportuno saber qué es lo que se quiere introducir al ordenamiento jurídico colombiano, porqué hacerlo de manera rápida y en últimas en qué consisten esas garantías para los alzados en armas, pues finalmente el pueblo colombiano solo quiere paz, justicia y reparación.

No es comprensible como el Gobierno plantea la necesidad de introducir este Acuerdo en nuestro ordenamiento cuando aún, como el mismo De La Calle reconoce en su declaración, las medidas de refrendación popular no han sido pactadas en La Habana. Este Acuerdo antes de entrar en el ordenamiento jurídico debe ser conocido y aprobado por un pueblo azotado, agotado de la violencia y con una necesidad imperante de justicia, pero justicia con equidad, no impunidad disfrazada de justicia supuestamente basada en normas internacionales humanitarias.

No obstante, según lo expresado en el comunicado conjunto, se quiere incluir un artículo transitorio en el proyecto de acto legislativo que actualmente se encuentra en la segunda vuelta de discusión. Siendo este un tema de fondo no se puede, ni se debe introducir en la segunda vuelta del trámite del acto legislativo puesto que no fue discutido en la primera parte aunque el Ministro aduzca la existencia de constancias que aún no se conocen.

Adicional a lo anterior, es un impropio constitucional y legal pretender que en este caso “especial” un proyecto de ley se tramite en 8 días en los que el Congreso deberá aprobar o no en bloque las disposiciones que se sometan a su consideración, dejando a un lado el procedimiento y requisitos formales establecidos en la Constitución y ampliamente estudiados por la misma Corte Constitucional.

Voluntad o Voluntarismo

En lo que respecta a la materia de los acuerdos de La Habana, estos pactos exceden con mucho el ámbito señalado en el artículo tercero común del Convenio de Ginebra. “*La catalogación que se propone del acuerdo final como acuerdo especial es equivocada partiendo del punto que hoy no se conoce el contenido del texto del acuerdo final, no sabemos cuál es su contenido por lo tanto no sabemos cómo se puede clasificar*”. Asimismo los convenios de Ginebra según el Derecho Internacional están acordados entre Estados aunque aluden a conflictos internos para extender a estos unas reglas mínimas de Derecho Internacional Humanitario durante esos conflictos no para dar por terminado ese conflicto, ni para pactar lo que haya de ocurrir durante el posconflicto”, esto ha manifestado el *ex-Viceministro de Justicia*.

El pacto de La Habana no es más que “*voluntarismo político*”, no se puede cambiar el nombre de las cosas porque su naturaleza persiste y existe aunque se empeñen en denominarlo de otra manera. La modificación a la Constitución Política de 1991 que proponen el Gobierno y las Farc no es otra cosa que voluntarismo puesto que es prohibido constitucionalmente que el gobierno reforme la Constitución. Solo el pueblo y

el Congreso de la República tienen la potestad legal de reformar la Constitución y solo el Congreso puede hacer la ley.

En cuanto al denominado Acuerdo Especial (*el Acuerdo Final una vez que se firme y entre en vigor, tendrá la categoría de Acuerdo Especial en los términos del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra*, según lo dispuesto en el artículo 3° común de la Convención de Ginebra los acuerdos especiales, autorizan a las partes **en** conflictos armados no internacionales (*la preposición “EN” según la Real Academia “Denora en qué lugar, tiempo o modo se realiza lo expresado por el verbo a que se refiere*) entre un Estado y uno o más grupos armados o entre grupos armados, a comprometerse explícitamente a respetar el derecho humanitario. Lo anterior implica que estas normas de Derecho Internacional Humanitario son aplicables DURANTE el conflicto y no después de llegarse a un acuerdo final y cuando se supone se estaría en una situación denominada *posconflicto*, es decir después del conflicto.

Por otro lado vale la pena recordar y recalcar que el Derecho Internacional se crea a partir de unos textos acogidos por la comunidad internacional. “es inútil pretender que un Estado, el gobierno de un Estado y un grupo guerrillero cambien la naturaleza del derecho internacional. Los acuerdos especiales son los acuerdos especiales del derecho internacional, no importa lo que diga el Estado colombiano, así la Corte Constitucional sostenga que si son acuerdos especiales, los acuerdos especiales son lo que los estados han definido en el derecho internacional humanitario, en la comunidad internacional, no lo que diga el gobierno, ni las Farc, ni la Corte Constitucional. Los Estados no pueden unilateralmente cambiar la naturaleza de las normas del Derecho Internacional”, esto lo ha declarado Rafael Nieto.

En razón de la materia se debe entender que los acuerdos especiales, su naturaleza, es la del Derecho Internacional Humanitario, por lo tanto pretende la protección de la persona humana **durante** el conflicto, no lo que sucede después. No existen acuerdos especiales que regulen situaciones posteriores al conflicto.

Bloque de Constitucionalidad

El Bloque de Constitucionalidad se construye en razón de la materia no en virtud de discusiones formales. Se debe ver el contenido de la norma para verificar que esté relacionada con derechos y libertades fundamentales para sostener que hay un bloque de constitucionalidad, solamente de esa manera se construye el bloque de constitucionalidad. Rafael Nieto revela que “En este caso las consecuencias serían más graves. Si se supone que en esos acuerdos hay un bloque de constitucionalidad, lo que se está haciendo es darle carácter de constituyentes a las Farc y el Gobierno. Hacer la interpretación de estas normas que no están redactadas como tal es un exabrupto, es un acuerdo político, es inmanejable”.

No se pueden blindar jurídicamente los acuerdos de esta manera, ni siquiera suponiendo que es un bloque de constitucionalidad. Es impreciso que el Congreso no tenga capacidad para alterar lo que las Farc y el Gobierno pacten en La Habana, resulta anti democrático y a todas luces autoritario. “El único camino posible es cumplir la constitución incluyendo las normas jurídicas en lo que los acuerdos de La Habana modifican la Constitución de 1991 en el ordenamiento jurídico interno a través de los mecanismos previstos en la Constitu-

ción para su reforma; es decir se pueden hacer reformas en el Congreso con los 8 debates (actos legislativos), o hacer un Referendo y preguntarle al pueblo o una asamblea constituyente”.

1. SUSTENTO TEÓRICO Y NORMATIVO.

1.1 Bloque de constitucionalidad y Corte Constitucional.

1.2 Convenio de Ginebra o Derecho Internacional Humanitario. Acuerdos especiales.

1.3 Conflictos Armados No Internacionales. Comité Internacional de la Cruz Roja. Acuerdos especiales y Acuerdos de paz.

1.1 Bloque de constitucionalidad

Según lo expresado en el Comunicado Conjunto número 69 el acuerdo final ingresaría al bloque de constitucionalidad. Es preciso recordar que el bloque de constitucionalidad se refiere específicamente a las normas de orden interno, normas constitucionales y normas internacionales que tocan con los derechos y libertades fundamentales.

El bloque de constitucionalidad lo que pretende es extender la protección de derechos y libertades fundamentales, hablando en el ámbito material del contenido de las normas y no en el contenido formal de estas normas. Es decir que, en este caso aunque el gobierno se empeñe en nombrar acuerdo especial a los acuerdos en La Habana, cuando se mira el contenido no corresponde con temas de derechos y libertades fundamentales y por lo tanto se desvirtúa la pretensión de hacer parte del bloque de constitucionalidad. No es la realidad jurídica.

A continuación veremos algunas precisiones acerca del bloque de constitucionalidad y la integración de las normas de Derecho Internacional Humanitario en él.

Según la Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995. **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**-Incorporación automática al ordenamiento

En Colombia no solo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo “al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el ius cogens”.

El bloque de constitucionalidad *está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional*, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

PREVALENCIA DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los Tratados de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario es

que estos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del Derecho Internacional Humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

La naturaleza del derecho internacional humanitario, su carácter imperativo a nivel internacional y a nivel interno.

“En relación con el derecho de los conflictos armados, la doctrina tradicional solía distinguir entre el llamado derecho de La Haya o derecho de la guerra en sentido estricto, codificado en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, y cuya finalidad tradicional ha sido regular la conducción de las hostilidades y los medios legítimos de combate; y, de otro lado, el Derecho de Ginebra o derecho internacional humanitario en sentido estricto, cuyo objetivo es proteger a quienes no participan directamente en las hostilidades. Esto podría hacer pensar que cuando la Constitución habla del derecho humanitario solo está haciendo referencia al llamado Derecho de Ginebra. Pero ello no es así, ya que *la doctrina considera que actualmente no se puede oponer tajantemente esos dos derechos ya que, desde el punto de vista lógico, la protección de la población civil –objetivo clásico del Derecho Internacional Humanitario en sentido estricto– implica la regulación de los medios legítimos de combate –finalidad del tradicional derecho de la guerra–, y viceversa. Además, a nivel normativo, ha operado una cierta absorción del derecho de La Haya por el derecho de Ginebra, como lo demuestra la amplia regulación de los medios de combate por el Título III del Protocolo Facultativo I a los Convenios de Ginebra de 1949.* Finalmente, los dos elementos que justificaban la distinción entre estos dos derechos, a saber las discusiones sobre el derecho a hacer la guerra (ius ad bellum) y sobre el estatuto jurídico de las partes, han perdido gran parte de su significación jurídica y su valor doctrinario. En efecto, el derecho de La Haya consideraba necesario estudiar, en especial en los conflictos armados internos, si un actor había adquirido el derecho a hacer la guerra, pues se estimaba que la declaratoria de beligerancia constituía un requisito necesario para que se pudiesen aplicar las normas que regulan los conflictos bélicos. Ahora bien, la Carta de las Naciones Unidas –con pocas excepciones– ha prohibido el recurso a la guerra y –como se verá más en detalle posteriormente– *las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos suprimieron la declaratoria de beligerancia como requisito de aplicabilidad de sus normas. Por eso, la actual doctrina considera que ambas ramas del derecho de los conflictos armados pueden ser englobadas bajo la denominación genérica de Derecho Internacional Humanitario.*

“Así también lo ha entendido esta Corporación en anteriores decisiones, en las cuales consideró que en *el constitucionalismo colombiano el Derecho Internacional Humanitario debe ser entendido de manera amplia, esto es, como el derecho de los conflictos arma-*

dos, el cual comprende las dos ramas tradicionales: el Derecho Internacional Humanitario en sentido estricto y el derecho de la guerra. En efecto, según la Corte, “en resumen, el Derecho Internacional Humanitario contiene normas que limitan el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los medios y métodos utilizados en combate, así como disposiciones encaminadas a proteger a las víctimas y a los bienes susceptibles de verse afectados por un conflicto armado”.

“Todo lo anterior permite entonces concluir que la obligatoriedad del Derecho Internacional Humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no solo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que –se repite– la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado”.

“Tampoco puede uno de los actores armados alegar el incumplimiento del derecho humanitario por su contrincante con el fin de excusar sus propias violaciones de estas normas, ya que las limitaciones a los combatientes se imponen en beneficio de la persona humana. Por eso, este derecho tiene la particularidad de que sus reglas constituyen garantías inalienables estructuradas de manera singular: se imponen obligaciones a los actores armados, en beneficio no propio sino de terceros: la población no combatiente y las víctimas de ese enfrentamiento bélico. Ello explica que la obligación humanitaria no se funde en la reciprocidad, pues ella es exigible para cada una de las partes, sin hallarse subordinada a su cumplimiento correlativo por la otra parte, puesto que el titular de tales garantías es el tercero no combatiente, y no las partes en conflicto. Al respecto, esta Corte ya había señalado que “en estos tratados no opera el tradicional principio de la reciprocidad”.

La integración de las normas de derecho internacional humanitario en el bloque de constitucionalidad.

“Así, esta Corporación ya había señalado que “el Derecho Internacional Humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados”.

Ahora bien, el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia tales tratados en el orden interno, “es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”. En tales circunstancias es claro que los Tratados de Derecho Internacional Humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949

o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción. Además, como lo señaló esta corporación en la revisión del Protocolo I, y como se verá posteriormente en esta sentencia, existe una perfecta coincidencia entre los valores protegidos por la Constitución colombiana y los convenios de derecho internacional humanitario, puesto que todos ellos reposan en el respeto de la dignidad de la persona humana. En efecto, esta Corte ya había señalado que “las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados”.

“A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de ius cogens. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de ius cogens como las del Derecho Internacional Humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (C. P. artículo 4°). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4° que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

EL PROTOCOLO II

“Como es obvio, esa situación comportó la inaplicación de las normas humanitarias en los conflictos no internacionales, puesto que la declaratoria de beligerancia afecta profundamente la soberanía nacional. Por ello, los Convenios de 1949 distinguieron rigurosa-

mente entre la declaratoria de beligerancia y la aplicación del derecho humanitario, al señalar que sus disposiciones no podían ser invocadas para modificar el estatuto jurídico de las partes. Esta frase corta entonces de raíz cualquier equívoco sobre la posibilidad de que el derecho humanitario pueda erosionar la soberanía de un Estado. En efecto, ella significa que la aplicación, por parte de un Estado, de las normas humanitarias en un conflicto interno no implica el reconocimiento de beligerancia de los alzados en armas”.

“Por consiguiente, en un conflicto armado no internacional, los alzados en armas son sujetos de Derecho Internacional Humanitario, puesto que están obligados a respetar las normas humanitarias, ya que estas son normas de ius cogens imperativas para todas las partes del conflicto. Pero esos rebeldes no devienen, por la sola aplicación del derecho humanitario, sujetos de derecho internacional público, puesto que siguen sometidos al derecho penal interno del Estado respectivo, y pueden ser penados por haber tomado las armas e incurrido en perturbación del orden público. Como dice el jurista chileno Hernán Montealegre, “el derecho humanitario coexiste con el derecho interno, el que recibe su aplicación general, y no afecta la condición jurídica de las partes contendientes respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso a la fuerza”. El Estado sigue entonces detentando el monopolio jurídico legítimo de la coacción, mientras que los alzados en armas quedan sometidos a las penas previstas para delitos como la rebelión o la sedición.

Esto permite concluir que el Protocolo II no vulnera la soberanía nacional, ni equivale a un reconocimiento de beligerancia de los grupos insurgentes. Es pues equivocada la apreciación de algunos intervinientes, según la cual la aplicación del Protocolo II implicaría la legitimación, por el Estado colombiano, de los grupos armados irregulares, ya que *la aplicación de las normas humanitarias no surte efectos sobre el estatuto jurídico de las partes.*

En cuanto a los Acuerdos Especiales, la Corte Constitucional ha manifestado “De otro lado, el artículo 3° común señala que las partes en conflicto podrán realizar acuerdos especiales con el fin de vigorizar la aplicación de las normas humanitarias. Tales acuerdos no son, en sentido estricto, tratados, puesto que no se establecen entre sujetos de derecho internacional público sino entre las partes enfrentadas en un conflicto interno, esto es, entre sujetos de derecho internacional humanitario. Además, la validez jurídica de las normas humanitarias no depende de la existencia o no de tales acuerdos. Sin embargo, *tales acuerdos responden a una pretensión política perfectamente razonable, puesto que la vigencia práctica y efectiva del derecho internacional humanitario depende, en gran medida, de que exista una voluntad y un compromiso reales de las partes por respetarlo. Esto no significa obviamente que la obligación humanitaria esté sujeta a la reciprocidad, ya que ella existe de manera independiente para cada una de las partes, tal como se vio en el fundamento 9° de esta sentencia.* Sin embargo, parece deseable políticamente que existan esos compromisos recíprocos, ya que de esa manera se asegura una mayor aplicación progresiva de las normas humanitarias del Protocolo II. En tal contexto, la realización de los acuerdos especiales puede fortalecer esos compromisos entre las partes y favorecer la puesta en marcha de mecanismos de verificación, que logren, en la práctica,

un creciente cumplimiento de las obligaciones humanitarias por las partes enfrentadas. Por ello, la Corte Constitucional coincide con el Ministerio Público en que el Gobierno, quien es el responsable de la preservación del orden público (C. P. artículo 189 numerales 3 y 4), puede efectuar tales acuerdos especiales, con el fin de hacer más efectiva la aplicación del derecho internacional humanitario y su cumplimiento real por las partes enfrentadas. En efecto, esos acuerdos especiales son no solo una clara posibilidad jurídica contemplada expresamente por el artículo 3° común, cuya vigencia no se discute, sino que, además, como lo señala el Ministerio Público, son útiles para aliviar la suerte de las víctimas de la guerra, favorecer consensos y acrecentar la confianza recíproca entre los enemigos para la búsqueda de la paz”.

De acuerdo a la Corte Constitucional Sentencia C-084 de 2016 *Uno de los ejes definitorios de la Constitución de 1991, radica en la obligación del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos de los asociados, lo que incluye el deber de investigar y juzgar de manera seria e imparcial las graves violaciones a los Derechos Humanos y las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario. El fundamento de este pilar esencial se encuentra en varios de los artículos de la Carta (Preámbulo, artículos 1°, 2°, 5°, 93, 94, 214 y 215-2), en los cuales se señala el compromiso esencial de las autoridades por asegurar a los integrantes de la nación un conjunto de derechos y libertades básicas y esenciales. Además de lo anterior, la obligación de respeto, garantía y protección de los derechos humanos se encuentra consagrada en diversos instrumentos y tratados internacionales, e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la figura del bloque de constitucionalidad, razón por la que se trata de normas de la más alta relevancia constitucional.*

Los derechos humanos se realizan plenamente cuando los Estados cumplen una serie de obligaciones particulares: (i) prevenir su vulneración; (ii) tutelarlos de manera efectiva; (iii) garantizar la reparación y la verdad a las víctimas; e (iv) investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Ahora bien, la obligación concreta de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos, como parte del pilar esencial del respeto, garantía y protección de los derechos humanos, se cumple cuando el Estado: (i) realiza todos los esfuerzos posibles para investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; (ii) investiga, juzga y sanciona las principales y más graves violaciones a los DD. HH.; (iii) investiga, juzga y sanciona los delitos que tipifican graves violaciones a los DD. HH. y graves infracciones al DIH a nivel internacional tales como: los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio.

El DIDH y el DIH operan bajo el principio de complementariedad con base en el cual es necesario proteger un conjunto de derechos humanos esenciales que deben ser respetados en todo momento y lugar, frente a cualquier tipo de agresión violenta, sea esta producto de una confrontación bélica o no. El principio de complementariedad entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos

Humanos señala que el DIDH y el DIH se aplican de manera concurrente, pues pese a que son dos sistemas normativos independientes y autónomos, son complementarios y convergentes. Este principio también se encuentra consagrado en diversos tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que establecen: (i) la prohibición de suspender el respeto de los derechos humanos, (ii) la existencia de conductas ilícitas y prohibidas en todo tiempo y lugar, y (iii) el carácter de protección doble y complementaria al ser humano.

Corresponde en consecuencia al Estado, en su conjunto, respetar y hacer respetar las normas y principios del derecho internacional humanitario, como parte de su deber de honrar los compromisos internacionales. Sobre las obligaciones que se derivan de este ámbito de aplicación y sus destinatarios ha precisado la jurisprudencia:

“La obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no solo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado.

En Colombia no solo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo “al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el ius cogens.

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”.

La importancia de las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo es tal, que en sí mismos proveen el fundamento para la responsabilidad penal individual de quienes cometen graves infracciones a esta normatividad, esto es, crímenes de guerra. Ello implica que tanto la actividad del legislador cuando, en desarrollo de su potestad de configuración normativa en materia penal, erige en delitos las más serias infracciones al derecho internacional humanitario, como la de las autoridades judiciales cuando investigan y juzgan dichas conductas, estén

condicionadas por las normas y principios que integran dicho cuerpo normativo (el DIH).

En lo que concierne al deber de aplicación de las normas y principios del derecho internacional humanitario, en el ámbito de la actividad judicial, la jurisprudencia de esta Corte ha destacado que en virtud de su pertenencia al bloque de constitucionalidad, dichas normas y principios cumplen una doble función (interpretativa e integradora) que contribuye a proveer de coherencia y unidad al orden jurídico. Por ser el DIH el entorno jurídico en el cual se han proferido las normas que tipifican como delito ciertas infracciones a esa normatividad, esto es, los denominados crímenes de guerra, es apenas natural que para su interpretación y aplicación los operadores jurídicos deban recurrir con frecuencia a las normas y principios que orientan y configuran el derecho de los conflictos armados.

La Corte ha subrayado que los preceptos que integran el bloque de constitucionalidad, dada su jerarquía de norma superior y su poder de irradiación sobre la interpretación de las leyes, tienen el carácter de verdaderas fuentes del derecho para los jueces y los demás sujetos de derecho:

“El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados. (...) El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en “eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad”, y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues estos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo”.

1.2 Convenio de Ginebra. Acuerdos especiales.

Conflicto Armado No Internacional⁶.

Artículo 3° De los Convenios de Ginebra. Conflictos No Internacionales.

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el

⁶ Protocolo 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra.

color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

la toma de rehenes;

los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

En efecto este artículo 3° común, contempla que “las partes pueden poner en vigor la totalidad o parte de las disposiciones presentes del siguiente convenio “y eso es lo que dice en relación con los acuerdos especiales. Es decir que a través de acuerdos especiales se pueden poner en vigor la totalidad o parte de las disposiciones aplicables en los conflictos armados internacionales. Los Acuerdos Especiales son una posibilidad para que aquellos que hacen parte de un conflicto armado no internacional apliquen en el conflicto armado las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario de los conflictos armados internacionales, DURANTE EL CONFLICTO.

Las disposiciones de los cuatro convenios son disposiciones para la humanización del conflicto obviamente durante la ocurrencia del conflicto, no después del conflicto, ni tampoco a la manera en que se pondrá fin al conflicto, son normas para humanizar el conflicto es decir durante el conflicto.

Por esta razón cuando se mira el contenido de lo pactado en La Habana, lo firmado hasta ahora, por ejemplo lo relacionado con tierras, participación democrática y narcotráfico, nada tiene que ver con disposiciones del DIH, son disposiciones completamente distintas que en nada tocan el DIH y por tanto no se puede sostener en primer lugar que hay un Acuerdo Especial sobre situaciones posteriores al conflicto y, en segundo lugar son normas ajenas a lo que ocupa la naturaleza y esencia del Derecho Internacional Humanitario. Como lo explica el experto en Derecho Internacional Rafael Nieto “Acuerdo especial sería si las partes se ponen de acuerdo en que mientras el conflicto se termina se hará tratamiento de heridos y restricción de armas, pero lo que se trata en los pactos de La Habana no es del Derecho Internacional Humanitario, no hay ni puede haber

un acuerdo especial así el gobierno y las Farc se empeñen en hacerlo ver así”.

Aplicación del artículo 3°. Común de la Convención de Ginebra.

I. Primera frase. Ámbito de aplicación del artículo.

A. Los casos de conflicto armado

¿Qué debe entenderse por “conflicto armado no internacional”?

Después de diversas enmiendas discutidas se determinaron diferentes condiciones que sin tener ningún carácter obligatorio, constituyen criterios convenientes para entender la naturaleza de un conflicto armado no internacional. Los siguientes son los criterios unánimes.

1. Que la parte en rebelión contra el Gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el Convenio.

2. Que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional.

3. a) Que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien;

b) que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante; o bien;

c) que haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o bien

d) que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de una amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión.

4. a) Que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado.

b) Que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional;

c) Que las Fuerzas Armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y estén dispuestas a conformarse a las leyes y costumbres de la guerra;

d) Que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Estos criterios son útiles en cuanto permiten distinguir un verdadero conflicto armado de un simple acto de bandidaje, o de una insurrección desorganizada y de corta duración.

De manera general, hay que admitir que los conflictos a los que se refiere el artículo 3° son conflictos armados caracterizados por hostilidades en las que se enfrentan Fuerzas Armadas. En suma, nos encontramos ante un conflicto que presenta muchos de los aspectos de una guerra internacional, pero que se libra en el interior de un mismo Estado. En muchos casos, cada una de las dos partes está en posesión de una parte del

territorio nacional y, a menudo, existe alguna forma de frente.

B. Obligaciones de las Partes

Las palabras “cada una de las Partes” marcan toda la evolución que el derecho internacional ha experimentado en algunos años. Todavía no hace mucho se consideraba como jurídicamente irrealizable la idea de obligar mediante un Convenio internacional a una parte no signataria y, lo que es más, a una parte aún no existente, de la que ni siquiera se exige que represente a una entidad jurídica capaz de comprometerse internacionalmente.

La obligación para cada una de las partes es incondicional. Fue a propósito que se omitió la cláusula de reciprocidad, que figuraba para el IV Convenio en el proyecto de Estocolmo. Esto representa un progreso importante, aunque es cierto que está compensado por el hecho de que ya no es el conjunto del Convenio lo que es aplicable, sino únicamente el contenido del artículo 3° mismo.

La obligación de la parte en conflicto que representa la autoridad establecida no plantea problemas. La mera legalidad del Gobierno implicado en un conflicto interno obliga a este Gobierno, en cuanto Parte contratante en el Convenio. En cambio, ¿cómo se justifica la obligación de la parte adversa, rebelada contra el Gobierno establecido? En la Conferencia Diplomática se expresó la duda de si los “insurrectos” podían estar válidamente obligados por un Convenio que ellos mismos no hubiesen firmado. Pero si la autoridad responsable que los dirige ejerce una soberanía efectiva, está obligada por su propia pretensión de representar al país, o incluso solo a una parte de este. Esta “autoridad” solo podría liberarse de sus obligaciones convencionales haciendo uso del procedimiento de denuncia previsto en el artículo 158. Y aun así, la denuncia solo tendría valor y solo podría hacerse materialmente si la autoridad denunciante estuviese reconocida internacionalmente como un Gobierno competente. Observemos, por lo demás, que, de conformidad con el artículo 158, la denuncia no surte efecto inmediatamente.

Si un partido rebelde aplica el artículo 3°, tanto mejor para las víctimas del conflicto. Nadie se quejará de ello. Si no lo aplica, dará la razón a quienes consideran su acción como un simple acto de anarquía o bandidaje. En cuanto al Gobierno legal, el hecho de aplicar el artículo 3 no puede tener ningún efecto perjudicial para él. No cabe duda de que no existe ningún Estado cuya autoridad gubernamental reclame el derecho de utilizar la tortura o los demás actos contrarios a la humanidad prohibidos por el Convenio como armas contra sus enemigos.

El artículo 3° tiene cuidado de puntualizar que las disposiciones aplicables representan un mínimo obligatorio. Las palabras como mínimo deben entenderse en ese sentido, a la vez que constituyen un estímulo para superar ese mínimo.

Hemos visto que, *si se querían tener disposiciones convencionales válidas para todos los conflictos no internacionales, había que renunciar a pedir la aplicación integral del Convenio. Las partes en conflicto solo están, pues, obligadas legalmente a observar el artículo 3°, y pueden hacer caso omiso de todos los demás.* Pero es evidente que cada una de ellas tiene la plena libertad para declarar su intención de aplicar, to-

das o parte de las demás disposiciones, y no podríamos menos que animarlas a hacerlo. Puede también suceder que, al prolongarse, un conflicto interno adquiera el carácter de una verdadera guerra. Entonces, la situación de millares de víctimas es tal que ya no basta con respetar solamente el artículo 3. Es entonces de desear que se regule detalladamente el trato que hay que garantizarles y los socorros que hay que proporcionarles, además de otras cuestiones. Puede llegar un momento en que las propias partes en conflicto estén tan interesadas en ello como las víctimas. *¿Qué puede ser más práctico entonces que, en lugar de negociar durante mucho tiempo arreglos particulares, recurrir al Convenio tal como es, o por lo menos a algunas de sus disposiciones?*

Esta disposición no solo brinda una posibilidad práctica, sino que hace, además, una exhortación acuciante, señala un deber: “las Partes en conflicto harán lo posible por [...]”. Aunque las partes, cada una por lo que le atañe, no tienen el deber de observar unilateralmente otra norma que el artículo 3°, están obligadas a procurar una aplicación más amplia, mediante un acuerdo bilateral.

El temor –tan a menudo expresado en el transcurso de los debates– de reforzar el poder de un partido rebelde, ¿no hace correr el riesgo de hacer inoperante este apartado? *¿No debería temer un Gobierno legal que la firma de tales acuerdos refuerce la autoridad de los que se han rebelado contra él, por constituir un reconocimiento implícito de la existencia legal y del estatuto de beligerante de dicha agrupación? Señalemos que, aunque el Gobierno legal debe esforzarse en suscribir tales acuerdos, queda libre en cuanto a su decisión final. Además, tiene la posibilidad de estipular explícitamente que su adhesión no implica ningún reconocimiento de la legalidad de su adversario. Por lo demás, en la práctica, la concertación de los acuerdos previstos en el apartado 3 estará condicionada por las circunstancias. Generalmente, solo se efectuará a raíz de una situación de hecho que ninguna de las partes podría negar; sea cual fuese su apreciación jurídica de esta situación.*

En conclusión, los Acuerdos Especiales no son para dar por terminado el conflicto sino para pactar la extensión de las normas de Derecho Internacional Humanitario al conflicto.

CUARTO APARTADO - AUSENCIA DE EFECTO SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DE LAS PARTES EN CONFLICTO

Esta disposición es esencial. Puntualiza, con la mayor claridad, que el objetivo del Convenio es exclusivamente humanitario; que no afecta en nada a los asuntos internos del Estado; que solo garantiza el respeto del mínimo de normas humanitarias que todos los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y en todas las circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de la guerra.

Así pues, el hecho de aplicar el artículo 3 no constituye en sí mismo, por parte de un Gobierno legal, ningún reconocimiento de poder alguno a la parte adversa; no limita de ningún modo su derecho –que le confiere su propia ley– a reprimir una rebelión por todos los medios, incluido el uso de las armas; no afecta en nada a su derecho a perseguir judicialmente, juz-

gar y condenar a sus adversarios por sus crímenes, de conformidad con la propia ley.

De igual manera, para el bando adverso, sea cual fuere, así como la calificación que él se dé o que pretenda, el hecho de aplicar este artículo no le confiere ningún derecho a una protección especial, ni ninguna inmunidad.

El artículo 3° –como todo el Convenio, solo tiene por objeto el individuo y el trato físico debido a su condición de ser humano, independientemente de las otras calidades de la que está revestido, *pero carece de efecto sobre el trato jurídico o político que puede acarrearle su comportamiento.*

1.3 Mejorar el respeto del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos armados no internacionales. Comité Internacional de la Cruz Roja.

¿Cuáles son las normas del DIH aplicables en los conflictos armados no internacionales?

El Derecho Internacional Humanitario tiene dos Campos de aplicación: el primero el de los conflictos armados internacionales, sus reglas están recopiladas fundamentalmente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. El segundo campo de aplicación es el de los conflictos armados no internacionales o internos. Aquí las normas que se aplican son el artículo 3° común de los cuatro convenios de Ginebra (y es la única norma que en principio se aplica a conflictos armados no internacionales) y en el caso de los países que han suscrito y ratificado estos tratados, también aplican las disposiciones del Protocolo II de Ginebra de 1977. Es decir las normas de derecho internacional aplicables a conflictos armados no internacionales son el artículo 3° común y el Protocolo II. El artículo 3° es una norma mínima, *Ius Cogens*, es decir se aplica incluso aún en contra de la voluntad de las partes que participan en un conflicto armado y aún en los casos en que los Estados no sean partes de los convenios.

Las normas del DIH aplicables en situaciones de conflicto armado no internacional dimanar tanto del derecho convencional como del derecho consuetudinario.

El artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949 se aplica específicamente en caso de conflicto “que no sea de índole internacional”. Es decir, conflictos armados entre Gobiernos y grupos armados organizados, o entre estos grupos. El artículo 3° común no contiene una definición de “conflicto armado”. Sin embargo, con base en la práctica, se han podido establecer algunos criterios.

- Las partes en el conflicto deben ser identificables, es decir, deben poseer una organización y una estructura mínimas, además de una cadena de mando.
- El conflicto armado debe presentar un nivel mínimo de intensidad. Las partes recurren habitualmente a sus fuerzas armadas o a medios militares. La duración de la violencia constituye otro elemento que debe considerarse.

En consecuencia, el artículo 3° común no es aplicable en situaciones de disturbios y tensiones interiores, tales como los motines y los actos esporádicos y aislados de violencia.

Conviene también señalar que el artículo 3° común establece de manera explícita que su aplicación no

surte efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en un conflicto. El artículo 3° común, que suele ser calificado de “tratado en miniatura”, establece la protección mínima que se debe otorgar a quienes no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades (como las personas civiles, los miembros de las Fuerzas Armadas de las partes en conflicto capturados, heridos o que han depuesto las armas).

Asimismo, estipula un trato humano y no discriminatorio para todas estas personas, prohibiendo, en particular, los actos de violencia contra la vida y la integridad personal (especialmente el homicidio, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura), la toma de rehenes y los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes. Además, el artículo prohíbe las condenas dictadas y las ejecuciones sin juicio previo ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables. Por último, impone a las partes la obligación de recoger y asistir a los heridos y los enfermos.

Tal como lo afirmó la Corte Internacional de Justicia en 1986, *las disposiciones del artículo 3° común reflejan el derecho internacional consuetudinario y constituyen las normas mínimas de las que no deben alejarse las partes en cualquier tipo de conflicto* (se fija la palabra conflicto por lo tanto es durante la ocurrencia de este, no después).

Los siguientes son algunos de los instrumentos jurídicos a los que han recurrido el CICR y otros actores humanitarios, en sus esfuerzos por que las partes en los conflictos armados no internacionales mejoren el respeto del derecho humanitario.

1. Acuerdos Especiales

Los acuerdos especiales entre las partes en conflictos armados no internacionales dan la posibilidad a estas partes de formular un compromiso explícito de respetar el Derecho Humanitario.

Puesto que los acuerdos especiales se basan en el consentimiento mutuo de las partes y establecen claramente que estas tienen las mismas obligaciones de conformidad con el DIH, en esos acuerdos se pueden contemplar otros incentivos adicionales para que se cumplan esas obligaciones.

El artículo 3° común dispone explícitamente que la conclusión de un acuerdo especial no surta efecto alguno sobre el estatuto jurídico de las partes en un conflicto.

Según lo dispuesto en el artículo 3° común, los acuerdos especiales autorizan a las partes en conflictos armados no internacionales (entre un Estado y uno o más grupos armados o entre grupos armados) a comprometerse explícitamente a respetar el Derecho Humanitario.

Un acuerdo especial puede crear nuevas obligaciones jurídicas, si va más allá de las disposiciones del DIH ya aplicables en las circunstancias específicas (un acuerdo “constitutivo”), o bien retomar simplemente el derecho que ya vincula a las partes (un acuerdo “declarativo”). Asimismo, puede limitarse únicamente a ciertas normas específicas que, *en el marco de un conflicto en curso*, pueden adquirir una pertinencia particular. En este caso, el acuerdo debe establecer claramente que, pese a su alcance limitado, sus disposiciones se

aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en las otras normas aplicables que no se mencionan en él.

“Un acuerdo especial puede proveer una relación sencilla del derecho aplicable al contexto, o bien una extensa lista de las disposiciones del DIH diferentes del derecho ya aplicable, y lograr un compromiso claro de las partes de acatar este derecho”.

Un acuerdo especial proveerá una base importante para las intervenciones de seguimiento respecto de violaciones del derecho. Además, como un acuerdo especial es de *conocimiento público*, una amplia gama de actores en la comunidad internacional sabrá de su existencia y estará en capacidad de ayudar a las partes en el cumplimiento de sus compromisos (sin que está ayuda constituya ningún reconocimiento jurídico ni vinculante).

Los beneficios de un acuerdo especial van más allá de los términos formales plasmados en el documento. Estos acuerdos especiales se basan en el consentimiento y compromiso mutuos, que claramente atribuyen a las partes las mismas obligaciones de DIH, pudiendo ser un incentivo adicional para que se respete el DIH.

Un acuerdo especial puede también ser útil cuando la calificación jurídica de un conflicto es dudosa, o cuando las partes en el mismo discrepan a este respecto. Un acuerdo especial no necesariamente requiere que las partes asuman la misma posición frente a la cuestión; las disposiciones del derecho humanitario se hallan establecidas y cobran vigencia en virtud del compromiso expreso contenido en dicho acuerdo.

Estados que han concluido Acuerdos Especiales

En 1992, por invitación del CICR, las diferentes partes en el conflicto de la República de Bosnia-Herzegovina concluyeron un acuerdo especial. “Si bien es cierto que el impacto del acuerdo fue limitado en términos de prevención de las violaciones del derecho, su contenido es instructivo. El texto del acuerdo empieza con el compromiso de las partes de respetar y de hacer respetar las disposiciones del artículo 3 común, que se cita en su totalidad. Asimismo, las partes acordaron poner en vigencia disposiciones adicionales relativas a la protección de los enfermos, los heridos y los náufragos, de los hospitales y de otras unidades sanitarias, así como de la población civil. Estas disposiciones adicionales abarcaban también el trato debido a los combatientes capturados, la conducción de las hostilidades, la asistencia a la población civil y el respeto a la Cruz Roja. Algunos artículos específicos de los Convenios de Ginebra o de sus Protocolos adicionales fueron citados cuando se estimó que era pertinente hacerlo”.

Además de compromisos, el acuerdo relacionado con la República de Bosnia-Herzegovina incluyó otras disposiciones. En primer lugar, en sus términos se dispone que el acuerdo no afecte el estatuto jurídico de las partes y que se aplique sin perjuicio del derecho internacional de los conflictos armados vigente. En segundo lugar, el acuerdo incluyó el compromiso de difundir tanto el DIH como las disposiciones del acuerdo mismo. Además, se establecieron medidas específicas relativas a su aplicación, tales como el compromiso de realizar investigaciones en torno a las presuntas violaciones del DIH y la obligación de adoptar las medidas necesarias para ponerles y para sancionar a los responsables, así como la designación de funcionarios

de enlace y el ofrecimiento de garantías de seguridad al CICR.

Cabe mencionar, entre otros ejemplos de acuerdos especiales, el de Yemen, concluido en 1962, y el de Nigeria, concluido en 1967, acuerdos que fueron negociados por el CICR y en los que se incluyeron compromisos de actuar de conformidad con los Convenios de Ginebra de 1949.

“Algunos acuerdos concluidos entre las partes en un conflicto armado no internacional se refieren tanto al DIH como al derecho de los derechos humanos y, por consiguiente, no son acuerdos basados en el artículo 3° común, en sentido estricto. Por ejemplo, el Acuerdo de San José sobre Derechos Humanos, concluido entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional en 1990, contenía compromisos de respetar el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, además de varias disposiciones de derechos humanos. El Acuerdo General sobre el Respeto a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, concluido entre el Gobierno de Filipinas y el Frente Nacional.

Existen ejemplos de conflictos en que los intentos por negociar un acuerdo especial no se tradujeron en un documento global, sino en varios acuerdos separados. Este fue el caso en Tayikistán, donde las negociaciones se hicieron bajo los auspicios de las Naciones Unidas, entre 1995 y 1997. El CICR participó en las reuniones en calidad de observador, y aprovechó este foro para manifestar sus preocupaciones de índole humanitaria.

Contenidos de los acuerdos especiales

Un acuerdo especial podría contener algunos de los siguientes elementos: primero, una clara y amplia relación de las disposiciones del DIH aplicables que provengan tanto del derecho convencional como del consuetudinario; segundo, un compromiso de las partes de respetar y hacer respetar estas disposiciones del DIH; tercero, una referencia en virtud de la cual se establezca que el acuerdo no ha de modificar el estatuto jurídico de las partes en el conflicto; cuarto, la responsabilidad de las partes en materia de difusión del DIH y de los términos del acuerdo mismo; y, por último, algunas disposiciones relativas a la aplicación del acuerdo especial.

Si se juzga conveniente, el acuerdo podría incluir también el ofrecimiento de garantías de seguridad a quienes realicen labores humanitarias en las zonas bajo control de las partes.

En caso de que un acuerdo especial contemple algunas, más no todas las disposiciones pertinentes del DIH, se debe poner de relieve, en el texto mismo y siempre que sea posible, que este acuerdo de alcance limitado deberá respetarse sin perjuicio de las otras normas aplicables que no se mencionan en él.

Igualmente el artículo 6° del Convenio de Ginebra dice que se pueden hacer acuerdos especiales sobre cualquier cuestión **PROPIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**. No se puede entender este artículo sobre cualquier cuestión que se les antoje. No se pueden hacer acuerdos especiales sobre cualquier cuestión como narcotráfico, tierras, medios de comunicación y acceso a ellos, participación política o acuerdos comerciales, estas cosas no son propias del DIH. Se pueden hacer acuerdos especiales sobre cualquier cuestión **PROPIA** del derecho internacional

humanitario. Esta expresión debe entenderse en el marco del DIH. *No existen acuerdos especiales que pretendan regular situaciones posteriores al conflicto.*

En conclusión lo que pretende el Derecho Internacional Humanitario es la protección de la persona humana dentro de situaciones de conflicto armado, este es su propósito, su ámbito material de aplicación. No se puede suponer que las normas humanitarias son para aplicarlas después del conflicto, estas normas se aplican durante los conflictos.

2. ACUERDOS DE PAZ O DE ALTO AL FUEGO. Incorporación del Derecho Humanitario en los Acuerdos de alto al fuego o de paz.

La inclusión de compromisos en materia de DIH en los acuerdos de alto el fuego o de paz suscritos por las partes en los conflictos armados no internacionales, resulta de utilidad para garantizar el respeto de las disposiciones del DIH que seguirán vigentes o que **entrarán en vigor tras el cese de hostilidades.**

Por otra parte, la **inclusión de compromisos en materia de DIH** en un acuerdo de alto el fuego puede también ser útil para recordar a las partes sus obligaciones a la luz de este derecho, *en caso de que se renueven las hostilidades.*

Descripción básica

Los acuerdos de alto el fuego o de paz suelen contener referencias al derecho humanitario.

Mediante los acuerdos de alto el fuego, las partes en un conflicto convienen suspender las hostilidades, a fin de facilitar las negociaciones de paz. Además, “los acuerdos de alto el fuego a menudo contienen compromisos de las partes de respetar obligaciones específicas del DIH, o de abstenerse de cometer violaciones de este”.

Los acuerdos de paz, por el contrario, se concluyen normalmente **con el interés de poner fin a un conflicto y de que las hostilidades no se reanuden.** Las referencias al DIH incluidas en estos acuerdos aluden, por lo general, a las disposiciones del derecho que seguirán vigentes o que entrarán en vigor tras el cese de las hostilidades, y están acompañadas del compromiso de las partes de cumplir con estas obligaciones tras el conflicto.

Utilidad

La inclusión en los acuerdos de paz de una relación precisa de las disposiciones del DIH que seguirán vigentes o que entrarán en vigor después del cese de las hostilidades, facilitará las intervenciones para velar por el cumplimiento de dichas obligaciones.

Acuerdos de paz

Las referencias al DIH que se hacen en los acuerdos de alto el fuego conciernen, por lo general, a las disposiciones del derecho que seguirán vigentes, o que entrarán en vigor, tras el cese de las hostilidades, y van acompañadas del compromiso de las partes de cumplir con sus obligaciones tras el conflicto. En la práctica, estos compromisos han incluido, entre otras, la obligación de liberar a los “prisioneros de guerra” o detenidos pertenecientes a las respectivas partes (por ejemplo en Angola, Bosnia-Herzegovina, Camboya, Côte d’Ivoire, Liberia y Sierra Leona); las obligaciones de las partes frente a las personas civiles evacuadas, desplazadas o internadas (como en Camboya); la obliga-

ción de las autoridades militares y civiles de explicar la desaparición y la muerte de miembros de sus formaciones armadas y de las personas civiles (por ejemplo en Ruanda, Bosnia-Herzegovina); y la obligación de las partes de comunicar la ubicación de las minas terrestres (como en Ruanda).

Además de los compromisos anteriormente descritos, en los acuerdos de paz se han incluido también otras disposiciones relativas al DIH, tales como los compromisos de promover el pleno respeto del DIH (por ejemplo en Liberia y Sierra Leona), de impartir formación en materia de DIH a las fuerzas de defensa y de seguridad (por ejemplo, en Burundi), y de facilitar las operaciones humanitarias (como en Côte d’Ivoire, Liberia, Sierra Leona, Somalia).

Aunque por lo general las negociaciones de los acuerdos de paz tienen carácter confidencial y se realizan entre las partes concernidas y una tercera parte negociadora, en ocasiones otros actores *pueden estar facultados para revisar y comentar las disposiciones del DIH contempladas en el proyecto de un acuerdo.* Fue así como el CICR pudo hacer sus comentarios acerca de los términos relacionados con el DIH durante las negociaciones de los acuerdos concluidos en Burundi, Côte d’Ivoire y Sierra Leona.

El DIH en los acuerdos de paz

“Con base en la práctica, se puede considerar la inclusión en los acuerdos de paz de las siguientes disposiciones del DIH aplicables tras el conflicto: la obligación de liberar a los detenidos de las partes en el conflicto, las responsabilidades de las partes para con las personas civiles evacuadas, desplazadas e internadas, la obligación de las autoridades militares y civiles de explicar las desapariciones y las muertes, y la obligación de las partes de comunicar la ubicación de minas terrestres.

Además, puede ser útil que los acuerdos de paz incluyan las siguientes disposiciones relacionadas con el DIH: promoción del pleno respeto del DIH, formación en materia de DIH entre las fuerzas de defensa y de seguridad (en particular cuando los miembros de un grupo armado se están integrando a las fuerzas armadas nacionales) y facilitación de las operaciones humanitarias”.

Teniendo en cuenta el sustento normativo a la luz del derecho internacional, resulta más que concluyente la manera equivocada en que el Gobierno quiere “refrendar” el acuerdo final como un acuerdo especial. Los Acuerdos Especiales están diseñados para comprometer a las partes involucradas a respetar las Normas del Derecho Internacional Humanitario, se trata de un compromiso expreso de respeto hacia las normas humanitarias, respeto inequívoco que hasta el día de hoy no se ha dado por los terroristas de La Habana, pues tal y como lo mencionó Humberto de la Calle en esa misma declaración *“anunciamos además que seguimos trabajando intensamente en las fórmulas para convenir el cese al fuego y hostilidades bilateral y definitivo, la delación de armas, las zonas de ubicación transitoria de la guerrilla y el sistema de garantías para quienes dejen las armas...”*. La incongruencia de su declaración con el espíritu de la norma de la Convención de Ginebra es manifiesta, en consecuencia no pueden convenir un acuerdo final denominado “acuerdo especial” si aún no tienen la solución al cese al fuego y hostilidades definitivo dentro del conflicto, no es correlativo la

denominación de este acuerdo con las condiciones pactadas hasta hoy, que en ningún escenario contemplan el cese de hostilidades, por lo tanto no se han reconocido las normas humanitarias que sería el primer paso en cualquier proceso de reconciliación con miras a la paz estable, duradera y definitiva.

III. Deliberaciones

Para concluir este estudio de proyecto de acto legislativo como lo había mencionado, al inicio se ve claramente cómo se está sustituyendo la Constitución, en los siguientes tres aspectos

1. Se invade el ámbito de libertades y competencias básicas de los ciudadanos.

Es preciso señalar la distinción entre el poder constituyente primario y el poder constituyente derivado.

El constituyente originario o primario, está en cabeza del pueblo, que es en quien reside la soberanía. En palabras del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, en la Sentencia C-544 de 1992 *“el poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad”*.

A su vez, el poder de reformar la Constitución por medio del constituyente derivado, hace referencia a las facultades otorgadas a algunos órganos del Estado, atendiendo a los procedimientos, competencias y condiciones que la misma constitución establece, con el fin de modificarla de acuerdo a los límites que este le imponga. De acuerdo con la Sentencia C-551 de 2003, *“se trata por lo tanto, de un poder de reforma de la propia Constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la Constitución existente, y es por ello derivado y limitado”*.

En conclusión, el constituyente originario puede cambiar, incluso de manera total, la Constitución, mientras que el constituyente derivado, solo puede actuar dentro de los límites constitucionales, bajo un control más fuerte o profundo.

En palabras del doctor Rodrigo Pombo Cajiao, *“En efecto, al impedir que sea el poder constituyente primario (pueblo) el que mediante votación se forje su destino, con las mayorías calificadas establecidas para el efecto y pudiendo decidir sobre la viabilidad o no de textos jurídicos determinados, se está vulnerando la Condición número 1”*.

2. Se afecta el funcionamiento de las ramas u órganos del poder público otorgándole a una rama u órgano tanto poder que desequilibre la estructura fundamental del Estado.

La Carta Magna estipula en su artículo 113. *“Son Ramas del Poder Público, la Legislativa, la Ejecutiva, y la Judicial.*

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

La constituyente fue clara en señalar que cada rama tiene funciones separadas, pero en este Proyecto de Acto Legislativo, se evidencia cómo la rama ejecutiva

interfiere en asuntos de la Rama Legislativa, dejando a los miembros de esta última como un simple espectador, el cual no puede intervenir ni ejercer el trabajo que fue encomendado por la votación del pueblo, al elegirlos para su representación, pues como ya se manifestó, no podrán ni iniciar ni modificar los proyectos de ley, ni actos legislativos, bajo su propia autonomía, quedarán supeditados, a lo que el Gobierno disponga. Por el contrario según lo establecido por el artículo 114, es el Congreso quien ejercerá control político sobre el Gobierno y no lo contrario.

Artículo 114. *“Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el Gobierno y la administración.*

El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes”.

En el artículo 133 encontramos respecto a la Rama Legislativa *“Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley.*

El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”.

3. Cuando con la reforma afecte la identidad axiológica de la Constitución.

Atenta contra la axiología no solo constitucional sino nacional, al trasgredir valores como el de la participación democrática, irrupción de los estándares éticos establecidos en la Constitución de 1991 el desestímulo al acceso a cargos públicos y contratos con el Estado a través de operaciones terroristas y dispositivos armados de opresión o, cesación de pena privativa de la libertad para los perpetradores de delitos graves.

El proyecto de acto legislativo, vulnera por completo al Constitución Política Colombiana, pasando por alto los principios fundamentales que esta instituye, por eso desde el Preámbulo encontramos *“El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente”*.

El preámbulo es parte vinculante dentro de la Constitución Política, es la base pilar de la Carta, en ella se centran y encierran todos los preceptos que se van a desarrollar en el articulado, por eso es tan importante, por ser la estructura que dio origen a todos los componentes de la Constitución, este es el marco sobre el cual se basará todo lo preceptuado. Aunque establece que se busca garantizar la paz, esta no debe ser bajo el entendido que se valdrá de todos los medios para lograrla, tal como se pretende, pasando por el interés general y dando impunidad para los actores de la guerra. Es cierto que todos queremos la paz pero una paz justa, que sea equitativa, que las víctimas sean resarcidas, de esta manera se logrará la verdadera paz, porque no es dar

solo perdón y olvido, sino garantizar una igualdad y dar a cada quien proporcionalmente lo que se merece.

En palabras de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-479 de 1992 “*El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. El Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios*”.

En el artículo 1° de la Constitución Política, encontramos que “*Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*” en este enunciado se manifiesta que Colombia es un Estado Social de derecho, “El Estado Social de Derecho es un estado de tipo democrático, que se caracteriza por el reconocimiento de derechos individuales y colectivos (económicos, sociales, culturales), con una idea de propiedad privada, pero sumada a la existencia de su función social, con una importante labor interventora del Estado en todos los niveles. Cuando se habla de Estado de derecho, se habla del gobierno de las leyes. En este sentido no gobiernan los individuos, sino que se está bajo la directriz de las normas de ese Estado. El estado de derecho se sujeta a la propia normatividad que emite, en tanto las autoridades, los gobernantes lo hacen supeditados a esas mismas normas. El Estado se sujeta al Derecho. A su vez, cuando se habla de lo social, se refiere a los intereses colectivos y a las acciones que, en los distintos campos de la vida, se dirigen desde allí”.⁷

Es así como se entiende que el Gobierno debe velar por los intereses colectivos, en este caso el hecho de pretender, que personas autoras de crímenes de lesa humanidad, como son los miembros de las Farc, ocupen cargos de elección popular, se estaría violando este principio, donde queda el respeto hacia las víctimas, aparte de dársele impunidad total, se les otorgaría beneficios de índole político, esto contraería en primer plano con el primero de los principios rectores, donde queda la seguridad que nos debe brindar el Gobierno.

De acuerdo con la Sentencia C-251 de 2002, “*Un Estado de derecho debe armonizar la libertad y el orden, de tal forma que para lograr la seguridad no vulnere los derechos fundamentales y las libertades puedan ser ejercidas dentro de un orden justo, respetuoso del pluralismo y de la libertad de crítica. Y en eso consiste el orden público democrático que aspiran a consolidar los regímenes constitucionales, que fundan su legitimidad en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos. Y nada más y nada menos es eso lo*

que proclama nuestra Carta cuando define a Colombia como un Estado Social de Derecho, democrático y pluralista, fundado en el reconocimiento de la dignidad humana y la prevalencia de los derechos de la persona”.

Esta sentencia menciona, que en aras de lograr la seguridad, no se debe vulnerar los derechos fundamentales, pero vemos cómo el gobierno buscando la paz a cualquier modo, está violando estos derechos y pasando por encima de los intereses colectivos.

En el preceptuado del artículo 2° de nuestra Carta Política, se establecen los fines esenciales del Estado, “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*”.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Es por esto que si el Estado tiene como fin servir a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, facilitando la participación de todos en las decisiones que los afectan, cabe preguntarse por qué se pretende limitar a una comisión para que conozca de ciertos asuntos específicos y no hacer partícipe a todos los parlamentarios de cámara y senado, llevando a conocimiento público a las respectivas plenarias los temas y leyes que se pretendan presentar. De esta manera viola este principio además, es evidente que no habrá un orden justo.

De igual manera como la línea jurisprudencial ha delimitado los tres aspectos en los cuales se sustituye la Constitución, también lo ha hecho para manifestar que para que una norma jurídica sea válida debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Debe haber sido producida por el órgano competente.
2. Debe haber sido producida a través del procedimiento adecuado.
3. No debe estar en contradicción con otras normas superiores a ella del mismo sistema jurídico.

1. Debe haber sido producida por el órgano competente. En todo ordenamiento jurídico existen habilitaciones a favor de determinadas autoridades para producir normas, de modo que si la norma no ha sido producida o dictada por la autoridad o sujeto competente, no es considerada como válida.

La Constitución Política en el artículo 374, establece que:

“La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo”.

A su vez, el artículo 375 de la Constitución Política señala que:

“Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por

⁷ http://www.uniderecho.com/leer_articulo_Derecho-En-general_7_1446.html

ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente”.

Este proyecto pretende que el origen de las iniciativas sean atribuidas exclusivamente en manos del Gobierno nacional, excluyendo al Congreso, a los concejales y diputados y a los ciudadanos. La concentración de la iniciativa para reformar la constitución en el Gobierno conlleva a un desequilibrio en las Ramas del Poder Público, genera exlimitación en sus funciones y es una concentración de poder de carácter autoritario que va en contravía del espíritu democrático y participativo de nuestro Estado Social de Derecho.

Además, esta facultad entra en contradicción pues se manifiesta que los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz serán de iniciativa exclusiva del Gobierno nacional.

De otro lado, este proyecto no solo pretende que los proyectos de ley y de acto legislativo siempre sean de origen gubernamental, sino que las modificaciones que se les haga, cuenten con el previo aval del Gobierno, tal como lo promueve el artículo 1°, literal g).

Lo anterior da muestra de la vulneración a la Constitución y de permitir esto, el Congreso de la República estaría renunciando a su iniciativa legislativa, autonomía y determinación para modificar lo que considere necesario.

De esta manera queda demostrado cómo los alcances de este proyecto de acto legislativo en materia de iniciativa legislativa y modificación a las mismas, quedan castrados por la Rama Ejecutiva, contrariando la Constitución Política y otorgándole amplias facultades al Gobierno.

2. Debe haber sido producida a través del procedimiento adecuado. Las normas son el resultado de un procedimiento, por medio del cual se va construyendo y definiendo la voluntad del órgano competente productor. El incumplimiento de las exigencias de la manera como se producen las normas determina su invalidez.

Estos requisitos más exigentes que se establecen para la reforma de la Constitución no son caprichos, o formalidades sin sustancia, sino que representan la garantía misma del régimen constitucional y de la supremacía de la Carta. En efecto, si la Constitución pudiera ser reformada por el mecanismo ordinario de aprobación de una ley, y con las mayorías propias de la ley, entonces en sentido estricto no existiría Constitución, ya que el Legislador no estaría sujeto a ningún mandato superior, puesto que podría modificar las normas constitucionales por la simple expedición de una ley.

Una Constitución que no es rígida no es entonces una verdadera Constitución, razón por la cual algunos doctrinantes consideran, no sin razón, que las disposiciones que regulan la reforma de la Constitución son, al menos formalmente, la norma fundamental del ordenamiento jurídico. En efecto, si la Constitución de un país es la fuente de validez del resto del ordenamiento, y crea los órganos del Estado y prescribe la forma como se crea el derecho de inferior jerarquía, a su vez las reglas que establecen el procedimiento de reforma constitucional señalan cómo se cambian los contenidos

constitucionales, con lo cual estatuyen el poder de reforma o poder constituyente derivado.

Estas reglas son entonces la ‘constitución de la constitución’ o el núcleo de la constitución, y por ello la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución exige un control sobre la regularidad de los procedimientos de reforma constitucional.

Por ello la garantía de los contenidos materiales de la Constitución implica la protección de la regularidad formal de las reformas constitucionales.

Existe un consenso jurisprudencial en el sentido que la exigencia del cumplimiento de los requisitos de procedimiento para el caso de los Actos Legislativos es mayor que cuando se trata de normas de índole legal. Ello debido a que la magnitud de las consecuencias, en términos de afectación de la arquitectura constitucional, que conlleva el ejercicio del poder de reforma por parte del Congreso, en tanto constituyente derivado, implica la necesidad inexcusable del cumplimiento de los requisitos de trámite que, por su naturaleza, vinculan a las decisiones del legislativo con la deliberación democrática.

Ahora bien, el artículo 375 de la Constitución Política señala el trámite que deben surtir los proyectos, estableciendo lo siguiente: *“El trámite del proyecto tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo periodo la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara”*.

Este es un antecedente nefasto para la democracia de Colombia y se vislumbran abusos y rupturas institucionales, creando nuevas instancias y nuevos procedimientos para aprobar las leyes y las reformas constitucionales.

Cabe señalar, que únicamente el constituyente primario que redice en cabeza del pueblo soberano, es el único que puede sustituir la Constitución, y no el constituyente derivado, ni mucho menos el Gobierno.

De esta forma se puede evidenciar, cómo los alcances de este proyecto de acto legislativo, van en contravía del procedimiento indicado por la Constitución Política y por las leyes, vulnerando la voluntad del órgano competente productor e incumpliendo las exigencias de la manera como se producen las normas, lo cual conlleva a su invalidez e inconstitucionalidad.

3. No debe estar en contradicción con otras normas superiores a ella del mismo sistema jurídico. El sistema jurídico tiene una estructura jerárquica que hace que la norma de inferior jerarquía no puede contradecir lo establecido en las superiores. Si lo hace esa contradicción es motivo de invalidez de la de inferior jerarquía.

Tal como ha quedado demostrado es evidente que este proyecto de acto legislativo presenta una flagrante contradicción con la Constitución Política de Colombia, “norma de normas”, tal como se prevé en el artículo 4° de la Carta.

Estos son los artículos de la Constitución Política que entran en contradicción con las pretensiones del proyecto de acto legislativo.

Este proyecto de acto legislativo no cumplen con los parámetros de validez establecidos por la Corte

Constitucional, aparte es una flagrante sustitución de la Constitución, es un golpe de Estado en contra de la democracia, considerada como un valor en nuestra Carta, la cual está contenida en su preámbulo, ratificada como principio fundamental y desarrollada durante la Carta Política, entendida etimológicamente como “demos”, pueblo y “kratos”, poder y como consecuencia de ella, se debe garantizar que todos los miembros de la sociedad tengan una posibilidad real e igual de participar en las decisiones colectivas.

Por último, quiero dejar manifestado que de ser aprobada esta iniciativa legislativa, quedará a la merced del Gobierno nacional la exclusividad de legislar en la materia, quien previamente acordará con las Farc, qué asuntos deberán pasar por el Congreso de la República. No podemos permitir que en nombre de la paz se continúe pasando por encima de nuestra Carta Política, esto sería un golpe de estado contra la democracia. De acuerdo a este Acto Legislativo, los terroristas ahora son constituyentes, quienes reforman la constitución y además plantean a partir de ahora cómo reformarla. Es lamentable que en lugar de someter a los terroristas al ordenamiento jurídico, tanto leyes, normas y la Constitución, se les esta es permitiendo, a parte de todos los beneficios que han acordado en la mesa de negociaciones, como la impunidad, también se le está otorgando el poder para que ellos como si fueran legisladores, indiquen cómo debe ser nuestro ordenamiento jurídico, tanto el procedimiento, como la parte sustancial.

No olvidemos las intenciones de algunos Honorables Congressistas, que han presentado constancias que pretenden no afectar el principio de consecutividad, con el fin de poder revivir la posibilidad de que los criminales de las Farc, tengan participación política y legislen en causa propia en el Congreso de la República.

Es inadmisibles pensar en la posibilidad de que integrantes de las Farc, puedan participar en política, pues como bien lo establece la Constitución Política, en su artículo 122, modificado por el artículo 4º, del Acto Legislativo número 01 de 2009, el cual establece “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.”...

En concordancia con lo anterior, el artículo 179 de la Constitución Política establece que “no podrán ser congresistas: 1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena priva-

tiva de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.”...

La Paz es un principio fundamental, que todos los colombianos queremos y necesitamos, pero no de la manera inconstitucional y arbitraria que se viene presentado, violando todo precepto jurídico y constitucional, pasando por encima de las víctimas y en general de todo el pueblo colombiano. Para lograr una paz verdadera, debe haber justicia y una cooperación de las Ramas del Poder Público y no el ejecutivo interfiriendo en atribuciones legislativas y otorgando atribuciones a unos terroristas.

Proposición

Por las anteriores razones, me permito proponer el archivo del Proyecto de Acto Legislativo número 157 de 2015 Cámara, 04 de 2015 Senado, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.



ÁLVARO HERNÁN PRADA ARTUNDUAGA
Representante a la Cámara
Departamento del Huila

C O N T E N I D O

Gaceta número 277 - Lunes 16 de mayo de 2016

CAMARA DE REPRESENTANTES

INFORMES DE CONCILIACIÓN

Págs.

Informe de conciliación al proyecto de ley número 130 de 2014 cámara, 34 de 2015 senado, por medio de la cual la nación se asocia a la conmemoración del Bicentenario del Sitio de Cartagena de Indias “Ciudad Heroica” y exalta la memoria de los cartagenos que resistieron 105 días. 1

PONENCIAS

Informe de ponencia para primer debate negativo en segunda vuelta del proyecto de acto legislativo número 157 de 2015 cámara, 04 de 2015 senado, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. 2